

Dr Strousberg.

Vorlesungen

über die

Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes.

Erster Band.

Vorlesungen

über

die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes,

gehalten auf den Universitäten

Göttingen, Heidelberg und Jena

von

Dr. Christoph Martin,

Großherzogl. Sachsen-Weimarischem Geheimen Justizrathe, nichtakademischem Mitgliede des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena, Comthur zweiter Classe des Sachsen-Ernestinischen Hausordens.

Herausgegeben unter dessen Mitwirkung

von seinem Sohne

Dr. Theodor Martin,

Großherzogl. Sächs. Justizamtmanne zu Creuzburg.

Erster Band.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1855.

Vorrede
des Geheimen Justizraths Dr. Christoph Martin,
dermalen zu Gotha.

Da durch die nachstehenden Bogen und deren zu erwartende Fortsetzung meine Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen Civilprocesses zum ersten male, ihrem echten Material nach, dem deutschen juristischen Publicum durch den Druck vorgelegt werden sollen, und zwar nicht aus meiner eigenen Feder geflossen, wol aber durch einen damit ebenso vertrauten als mir theuern und nahestehenden Herausgeber, dem ich den Stoff dazu geliefert habe, so wird es angemessen sein, wenn ich die Veranlassung zu dieser Veröffentlichung und die Art und Weise, wie dabei verfahren worden ist, in Nachstehendem auseinandersetze.

Schon beim Beginn gedachter Vorlesungen, welche ich als akademischer Lehrer zuerst auf der Universität zu Göttingen, nachher in Heidelberg und endlich zu Jena während des Zeitraums von 1795 — 1842 gehalten habe, machte ich mir es zur Pflicht, den deutschen Civilproceß des gemeinen Rechts nicht als eine bloße Zusammenstellung von nur zufälligen äußern Handlungen und Formalitäten darzustellen, sondern den innern Zusammenhang derselben und die Grundsätze, auf welchen dieses Verfahren

beruht, nebst dessen gesetzmäßiger Richtung meinen Zuhörern zu entwickeln, dabei aber zugleich diejenigen Erfahrungen, welche ich selbst als Sachwalter, Justitiar einiger Erbgerichte und als Mitglied des Spruchcollegii der beiden zuerst genannten Universitäten, sowie demnächst als Mitglied des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena zu machen Gelegenheit gehabt habe, dazu zu benutzen, möglichst vollständig die erheblichsten Verschiedenheiten und Ereignisse hervorzuheben, welche in einzelnen Rechtsstreitigkeiten vorzukommen pflegen, sollte auch die beschränkte Zeit solcher Vorlesungen dazu nöthigen, nur in kurzen Andeutungen die Folgen solcher Einzelheiten anzugeben.

Dieselbe Ansicht behielt ich demnächst bei, als ich meinen Vorlesungen seit 1800 ein eigenes Lehrbuch des Civilprocesses zu Grunde legte; denn wenigstens in dessen Literatur wurden häufig jene Andeutungen näher bezeichnet. Später faßte ich jedoch den Vorsatz, dieses in zwölf Auflagen erschienene Lehrbuch als Veranlassung zu einem ausführlichen Commentar über dessen Stoff zu benutzen, in welchem die einzelnen Sätze näher begründet und erörtert werden sollten. Allein der sich bald sehr erweiternde Umfang meiner amtlichen Geschäftsthätigkeit erschwerte mir die Ausführung des erwähnten Vorsatzes um so mehr, da ich auch zum Mitarbeiter in verschiedenen Gesetzgebungscommissionen, namentlich über Strafgesetzgebung, ernannt zu werden die Ehre hatte. Neben allen diesen pflichtmäßigen Beschäftigungen den beabsichtigten Commentar mit der Gründlichkeit zu bearbeiten, ohne welche ich denselben dem Druck zu übergeben mich nicht entschließen konnte, befand ich mich außer Stande, und diese nach und nach gewonnene Ueberzeugung bewog mich zum Theil, endlich nach zurückgelegtem 70. Lebensjahre bei den vereinigten durchlauch-

tigsten Höfen des Oberappellationsgerichts und der Universität zu Jena um Bewilligung des Ruhestandes nachzusuchen, welcher mir um so wünschenswerther erschien, als ich in der letzten Zeit nicht im Stande gewesen war, neben allen meinen Amtsgeschäften mit den Fortschritten der Rechtswissenschaft mich in dem Grade vertraut zu erhalten, welchen ich für nöthig halte, um eine gründliche wissenschaftliche Arbeit in meinen Fächern zu liefern. Ich hatte auch das Glück, meinem Ansuchen gnädigst deferirt zu sehen, und lebe seit 1842, dem Himmel sei gedankt, in guter Gesundheit mit der dabei gesetzmäßig eintretenden Pension, in einem solchen zurückgezogenen Ruhestande.

Allein meine Hoffnung, nunmehr blos den Fächern der Rechtswissenschaft, denen ich mich gewidmet habe, leben zu können, wurde auf eine unerwartete, aber ehrenvolle Art getäuscht. Ich erhielt nämlich bereits im Jahre 1843 von dem königlich preußischen Justizministerio zu Berlin die mich ebenso ehrende als ansprechende Einladung, zu dem damals bekanntgemachten und mir mitgetheilten Entwurfe des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, meine erfahrungsmäßigen oder wissenschaftlich begründeten Bemerkungen einzusenden, welches auch später von mir in der That geschehen ist. Nicht weniger wurde ich in der Folge der Zeit zum Mitglied der königlich sächsischen Gesetzgebungscommission für Entwerfung einer Civilproceßordnung gnädigst ernannt, und habe an deren Arbeiten auch eine längere Zeit hindurch Theil genommen. Dergleichen mich unerwartet ehrende Anträge zurückzuweisen, hielt ich für pflichtwidrig, ward aber durch die damit verknüpften Vorbereitungen und Beschäftigungen in meinen beabsichtigten literarischen Studien viel zu sehr unterbrochen, als daß ich dem beabsichtigten Commentar über die Theorie

des gemeinen Civilprocesses die erforderliche Zeit und Aufmerksamkeit hätte widmen können, besonders da es mir auch nicht an Aufforderungen zu Ertheilung rechtlicher Gutachten von mehren Seiten her fehlte, denen zu entziehen ich mich nicht entschließen konnte, da theils besondere freundschaftliche Verbindungen die Veranlassungen dazu gaben, theils der interessante Gegenstand solcher Gutachten und der Beweis von ehrenvollem Vertrauen, welches mir dadurch geschenkt wurde, mich abhielt, das an mich gerichtete Ersuchen abzulehnen.

Gleichwol schmerzte es mich um so mehr, meine dem Civilproceß soviele Jahre lang gewidmeten Studien völlig unbenutzt lassen zu sollen, da ein mir unbekannter, aber ohne Zweifel pseudonymer Dr. E. H. Weber im Jahre 1835 bekanntlich eine sogenannte Paraphrase im Druck herausgegeben hat, welche angeblich den Inhalt meiner oben erwähnten akademischen Vorlesungen enthalten sollte, ohne hierzu meine Erlaubniß erlangt zu haben, oder auf irgend eine Weise auch nur als mein früherer Zuhörer legitimirt zu sein. Ich konnte den Inhalt dieser Druckschrift keineswegs als echt anerkennen, und wünschte deshalb um so mehr, die Unrichtigkeiten, Irrthümer und Misverständnisse, auch Lücken derselben, durch den Druck selbst bekanntmachen zu können, als einige Schriftsteller kein Bedenken trugen, auf jenes Machwerk hier und da Bezug zu nehmen. Je weniger nun dieser Wunsch durch Herausgabe des beabsichtigten Commentars über mein Lehrbuch des Civilprocesses, unter den oben angeführten Umständen zu erreichen stand, desto mehr reifte nach und nach in mir der Entschluß, nach dem Vorgang der Bekanntmachung anderer akademischer Vorlesungen, namentlich der geschätzten Rechtslehrer Göschen und Puchta, auch die meinigen über

die Civilproceßtheorie, ohne weitere Umarbeitung zu veröffentlichen, und auf diese Weise den gedachten pseudonymen Plagiar, soweit es nöthig war, zu widerlegen und zu berichtigen. Nur die Schwierigkeit stand der Ausführung dieses Entschlusses entgegen, daß ich bei meinen Vorlesungen nie ein feststehendes Heft vorgetragen hatte, mit andern Worten, daß mein Vortrag ein eigentlich freier stets gewesen ist, welcher sich lediglich auf skizzirte Bemerkungen des Vorzutragenden gründete, ohne wörtlich zu Papiere gebracht zu sein. Es lag also nur das vollständige Material jener Vorträge mir vor, ohne in Anordnung, Form und Styl bereits genügend ausgearbeitet zu sein.

Daher fragte es sich, auf welche Weise am sichersten diesen Mängeln abgeholfen werden könne? Und ich glaube zu dem Ende gegenwärtig den besten Weg dadurch eingeschlagen zu haben, daß ich diesen ganzen Stoff meinem Sohne, welcher selbst praktischer Jurist und in früherer Zeit mein Zuhörer gewesen ist, übergab, um das in Hinsicht auf Anordnung und Styl noch Fehlende nach seinem eigenen besten Ermessen und seiner Ansicht zu ergänzen, indem er ja meinen mündlichen Vortrag zu seiner Zeit vollständig mitangehört hatte. Derselbe übernahm dieses Geschäft bereitwillig, und hat als Herausgeber meiner fraglichen Vorlesungen den Stoff derselben unverändert, größtentheils unter meiner eigenen Controle, in den nachstehenden Bogen bearbeitet, macht also nur auf Anordnung und Styl des Werks ausschließlichen Anspruch. Als Herausgeber hat er jedoch in beigefügten Noten auch auf neuere abweichende oder übereinstimmende gedruckte Ausführungen hingewiesen, und auf diese Art gewissermaßen die literarischen Fortschritte nachgetragen, welche ich selbst

beizufügen nicht im Stande gewesen war. Diese schriftstellerische Arbeit selbst auszuführen, hatte ich mich aber um so weniger entschließen können, da meine seit den letzten dreizehn Jahren sich natürlich vermindernde Sehkraft es mir unmöglich machte, anhaltenden schriftlichen Arbeiten mich ferner zu unterziehen.

Auf diese Weise ist das jetzt erscheinende Product veranlaßt und entstanden; es bleibt mir dabei nur der Wunsch übrig, daß durch dasselbe dem juristischen Publicum ein nützliches Handbuch für die Civilpraxis in die Hände geliefert werde, welches zugleich meine Ansichten von der Theorie dieses Zweigs der Rechtswissenschaft unentstellt liefert und einer nicht unbilligen Kritik unterwirft, mich aber gegen misverstandene oder irrige Darstellungen in der erwähnten Paraphrase oder andern literarischen Aufsätzen genügend schützt. Dies wird hinreichend sein, um die Herausgabe dieser Vorlesungen zu rechtfertigen, und zugleich die Art und Weise darzustellen, wie dabei von dem Herausgeber mit meiner Zustimmung verfahren worden ist.

Gotha, 1855.

Dr. Christoph Martin.

Vorrede
des Herausgebers.

Als vor einigen Jahren mein Vater mir das Anerbieten machte, aus denjenigen Materialien, welche er während einer fast funfzigjährigen akademischen Thätigkeit bei seinen Lehrvorträgen über die Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses zu Grunde gelegt hatte, in der Weise, wie dies rücksichtlich der Vorträge anderer juristischer Lehrer bereits geschehen ist, seine Vorlesungen über diesen Gegenstand zu bearbeiten und herauszugeben, nahm ich diese Offerte dankbar an. Ich ging dabei von der Ansicht aus, daß — ganz abgesehen davon, daß dieser Auftrag für mich höchst ehrenvoll war — der großen Anzahl von Zuhörern meines Vaters, welche voraussichtlich alle noch mit Vergnügen der zu den Füßen des geehrten Lehrers verbrachten lehrreichen und interessanten Stunden sich erinnern, und gewiß häufig, wenn sie bei ihrer praktischen Thätigkeit sich des Compendiums bedienten, den Wunsch gehegt haben, die damals von dem Verfasser dazu gegebenen Erläuterungen zu besitzen, ein Gefallen erzeigt werde durch Herausgabe einer authentischen und vollständigen Bearbeitung Dessen, was sie damals vernommen, aber vielleicht nur unvollständig notirt hatten, und daß auf diese Weise einigermaßen dem längst empfundenen Mangel eines Commentars zu dem Lehrbuche meines

Vaters abgeholfen werde. Auch der Wissenschaft glaubte ich einen Dienst zu leisten, wenn ich den reichen Schatz der Forschungen und Erfahrungen, welchen einer ihrer Jünger, und wol nicht der Geringsten einer, in einer langen Reihe von Jahren mit Scharfsinn und regstem Eifer zusammengetragen hatte, nicht unbenutzt verloren gehen lasse. Selbst in den Fragen, über welche die neuere Zeit und die in ihr strebende und schaffende Generation neue Theorien aufgestellt hat, und dabei über die Leistungen der Aelteren oft zu kühnen und im Gefühle eigenen Werthes jene kaum würdigenden Schrittes hinweggeeilt ist, meinte ich, könnte die nochmalige Darstellung und Begründung der ältern Ansicht, wenn sie auch nur die Veranlassung zur abermaligen Prüfung der neuern Ansicht darböte, nicht ohne ersprießlichen Nutzen sein.

Von meinem Vorhaben konnte mich dann auch der Umstand nicht zurückhalten, daß namentlich in der neuern Zeit von Seiten der Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten gerade im Proceßverfahren soviele Veränderungen theils gemacht, theils durch in Aussicht gestellte Proceßordnungen angebahnt worden sind. Denn daß die Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses auch nach Auflösung des deutschen Reichs, jener überaus regen Thätigkeit ungeachtet, ebenso wie das Römische Recht die Grundlage aller wissenschaftlichen Bearbeitungen der Landesproceßtheorien geblieben ist, und daß sie solange, als die Landesgesetzgebungen nicht ganz die Principien verlassen, von denen jene ausgeht, die Ergänzungsquelle dieser bleiben wird, ist bereits von competentern Richtern evident nachgewiesen. Auch sind ja von den vielen Projecten neuer Proceßordnungen, wol nur zum

Nutzen und Frommen unserer an übertriebenem Eifer für gesetzgeberische Thätigkeit leidenden Zeit, manche in der Mappe der Verfasser zurückgeblieben, ohne das Licht der Welt erblickt zu haben.

Noch ist über meine Thätigkeit als Herausgeber des vorliegenden Werks und meinen Antheil daran Einiges hinzuzufügen. Bei Bearbeitung des Textes habe ich mir überall zum Bewußtsein zu bringen gesucht, daß ich nicht der Verfasser, sondern nur der Herausgeber sei, daß mir daher nur obliege, das vom Verfasser Beabsichtigte möglichst getreu wiederzugeben, ohne dabei eigenen Gedanken soweit Raum geben zu dürfen, daß dadurch an der Ansicht Jenes irgend eine Veränderung hervorgerufen werde. An Materialien für die Bearbeitung des Textes lagen mir aber, außer einer ausführlichern Darstellung, welche der Verfasser von einem seiner Zuhörer nach seinem mündlichen Vortrage sich hatte nachschreiben lassen, und welche er bei den spätern Vorträgen wol als Grundlage benutzt und daher mit vielen Veränderungen und Bemerkungen versehen hatte, eine Reihe einzelner Blätter vor, auf welchen der Verfasser das, was er bei den wiederkehrenden Vorträgen in Folge neuer Forschung, verbesserter Auffassung oder veränderter Ansicht seinen Zuhörern anders als früher hatte geben wollen, kurz notirt hatte, oder welche, da wo jene Ausarbeitung nichts enthielt, den Faden und die Skizze des freien mündlichen Vortrags abgegeben hatten. Endlich besaß ich aus dem Winterhalbjahr von 1841 auf 1842, wo der Verfasser zum letzten male die Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses, und zwar nicht blos den allgemeinen Theil vorgetragen hatte, ein sorgfältig nachgeschriebenes Heft. Aus diesen Materialien ist dann der Text geordnet und

nach Styl und Form bearbeitet worden, jedoch, soweit es irgend möglich war, ohne der Ausdrucksweise und dem Gedankengange des Verfassers irgendwie zu nahe zu treten oder etwas Fremdes beizumischen. Daß dieses nicht ohne Schwierigkeiten war, mag nicht verkannt und, insoweit dabei Ungenauigkeiten oder Undeutlichkeiten untergelaufen sind, der Arbeit, als einem Erstlingsversuche, eine nachsichtige Beurtheilung zu Theil werden.

Für die Noten dagegen boten die vorhandenen Materialien nur seltener den gleichen Anhalt, diese sind daher fast durchgehend von dem Herausgeber nachgetragen worden. Es konnte dabei nicht die Absicht sein, die Literatur bei jeder einzelnen Frage vollständig darzubieten, da nicht allein das Compendium und andere neuerdings erschienene oder wieder aufgelegte Lehrbücher, z. B. das des Herrn v. Linde, diese in genügender Vollständigkeit enthalten, sondern auch darauf Rücksicht zu nehmen war, daß nicht durch die Anführung der vollständigen Literatur der Umfang des Buchs allzu sehr ausgedehnt werde. Daher sind blos allgemeine Hinweisungen auf ähnliche oder abweichende Behandlungen der einzelnen Lehren gegeben worden, damit die Möglichkeit geboten werde, dort sich mehr ins Einzelne gehenden Rath erholen oder eine Vergleichung der abweichenden Ansicht und ihrer Gründe vornehmen zu können. Vorzugsweise ist aber dabei auf diejenigen Werke Rücksicht genommen worden, von denen zu erwarten steht, daß sie auch im literarischen Apparate des Praktikers sich befinden.

Einen besondern Werth dürfte endlich die Arbeit noch dadurch erlangen, daß sie recht eigentlich unter Mitwirkung des Verfassers entstanden ist. Denn es sind diesem einmal alle Stellen, wo die Verschiedenheit der Materia-

lien Zweifel darüber entstehen ließ, welche Auffassung der Ansicht desselben am besten entspreche, vorgelegt und nach dessen Lösung redigirt worden; dann aber hat er die Güte gehabt, in sachlicher Beziehung fast alle Druckbogen einer Revision zu unterwerfen und alle ihm gegen Form oder Inhalt aufgestoßene erhebliche Bedenken mitzutheilen, wonach dann die entsprechende Abänderung eingetreten ist.

Zu erwähnen bleibt noch, daß die nachstehenden Ausführungen sich genau an die zwölfte Ausgabe des Compendiums anschließen, und daß, nur um dem ersten Bande, gegenüber dem zweiten, nicht einen zu großen Umfang zu geben, mit §. 121 abgeschlossen worden ist.

Mit diesen Bemerkungen mag das vorliegende Werk dem juristischen Publicum empfohlen sein.

Eisenach, 1855.

Dr. Theodor Martin.

Einleitung

zu der Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes.

Vorwort des Docenten an seine Zuhörer.

1. Bereits Justinian hat in den Institutionen darauf hingedeutet, daß es nicht genüge, Kenntniß der Befugnisse und Pflichten, welche aus Rechtsverhältnissen oder Rechtsgeschäften zwischen Staatsmitgliedern vorkommen können oder auch vorkommen müssen, zu haben, daß vielmehr auch die Kenntniß der Mittel erfoderlich sei, deren man, wenn die Verpflichteten sich nicht so betragen, wie ihre Pflicht es mit sich bringt, oder wenn von Dritten dem Gebrauche der Befugnisse, Hindernisse in den Weg gelegt werden, sich zu bedienen hat, um diese Befugnisse geltend zu machen. Darum heißt es im Prooem. J. de jur. person., I, 3: „Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones", indem unter den letztern jene Mittel jus suum persequendi verstanden werden. Die Klagen sind jedoch nicht die einzigen Mittel dieser Rechtsverfolgung, vielmehr nennen die Institutionen gleich nach deren Aufzählung auch die Einreden, Repliken u. s. w., welche gleichen Zweck und gleiche Wichtigkeit mit jenen haben, der Appellationen und dergleichen gar nicht zu gedenken. Ueberdies hat aber der Gebrauch aller dieser Mittel manche eigene Regel und erfodert eigenthümliche Kenntnisse, z. B. von der Beweisführung, so daß sich bald die Nothwendigkeit gezeigt hat, einen besondern Zweig der Rechtswissenschaft zu bilden, der es lediglich mit der Rechtsverfolgung zu thun hat. Es ist das auch nicht etwa eine Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts, sondern es

liegt so in der Natur der Rechtsverhältnisse bei allen Völkern begründet, daß nur die nähern Bestimmungen darüber mannichfaltigen Modificationen unterworfen sind.

Die Wichtigkeit dieses Zweigs der Rechtswissenschaft hat man denn auch zu keiner Zeit verkannt, ihm aber von einigen Seiten insofern eine unpassende Stelle im Systeme der Rechtswissenschaft angewiesen, als man ihn im Gegensatze der „theoretischen" Rechtswissenschaft, worunter man alle übrigen Zweige dieser Wissenschaft begriff, die „praktische" genannt hat [1]). Denn einmal ist die ganze Rechtswissenschaft eine rein praktische, weil sie lediglich die Bestimmung hat, im wirklichen Leben zur Anwendung gebracht zu werden theils um unsere Rechtsverhältnisse zu Andern aus den Normen des Rechts gehörig zu kennen und hiernach unser Betragen einzurichten, theils um darnach fremdes Betragen richtig zu beurtheilen, theils endlich um allenfallsige fremde Illegalitäten wo nicht zu verhüten, doch wieder gut zu machen. Es würde daher unrichtig sein, lediglich einen Zweig der Rechtswissenschaft als die praktische Rechtswissenschaft zu bezeichnen. Dann aber ist bei diesem Zweige der Rechtswissenschaft ebenso, wie bei jedem andern, eine Theorie desselben von der Praxis zu unterscheiden. Die Theorie umfaßt die systematische Darstellung der allgemeinen, durch Abstraction aus den gesetzlichen Vorschriften entwickelten Grundsätze mit Hinzunahme alles Dessen, was aus den Instituten der Vorzeit insofern Bedeutung hat, als es zum Verständniß der aus ältern Zeiten herrührenden, noch gültigen Rechtsquellen nothwendig ist; sie entwickelt also die Grundsätze, unter welche der einzelne, im Leben hervortretende Fall zu subsumiren und nach denen er zu beurtheilen ist. Die Praxis dagegen, und zwar die wahre, eigentliche, findet erst im wirklichen Leben statt, wenn auch auf den Universitäten Practica, als Mittel die Theorie anschaulich und verständlich zu machen, mit großem Nutzen gehört werden.

II. Die Behandlung dieses Zweigs der Rechtswissenschaft ist jedoch in Deutschland nicht zu allen Zeiten die gleiche ge-

1) Thibaut, Jurist. Encyklopädie (1797), §. 74, Note *). Falk, Jurist. Encyklopädie, Ausg. 3 (1830), S. 279 fg., Note 89. Siehe auch das Compendium, Ausg. 12, §. 1, Note a. C. A. Tittmann, Handbuch für angehende Juristen (1828), §. 62.

wesen. Die Rechtslehrer der ältern Zeit begnügten sich damit, in ihren exegetischen, das Privatrecht nach der legalen Ordnung der Pandekten erörternden Vorträgen bei jedem Rechtsgeschäfte die darauf sich beziehenden Klagen und Einreden durchzugehen, über den Gebrauch derselben aber bei Gelegenheit der Titel der Pandekten de jurisdictione et judiciis, de in jus vocando, de probationibus, de sententiis et re judicata, de appellationibus etc. das Dienliche vorzutragen. Allein schon die juristischen Schriftsteller der frühern Zeit des Mittelalters fanden es zweckmäßig, Alles zusammenzustellen und zu ordnen, was auf jene Weise zerstreut und ohne Zusammenhang bei den verschiedenen einzelnen Lehren, zu denen selbst es, streng genommen, nicht gehörte, vorkam. Sie schrieben daher bald lateinisch, wie Placentinus, Pillius, u. a. de judiciis etc., bald deutsch, wie Sebastian Brandt und Tengler unter dem Titel: „Spiegel" [2]), manches nützliche Werk solcher Art. — Auf den Universitäten aber hielten zwar einzelne Rechtslehrer frühzeitig besondere Lehrvorträge über Proceß, diese bestanden jedoch weniger in theoretischen Erörterungen, als in einer Anleitung zur Kenntniß der Praxis und in Uebungen der Zuhörer, wie aus den darüber erschienenen Werken hervorgeht, z. B. Stryck's „Introduct. ad prax. forens.", Schaumburg's „Princip. prax. judic.". Erst zu Ende des vorigen Jahrhunderts, als man anfing das gemeine Civilrecht systematisch auf den Universitäten vorzutragen, wurde die Theorie des Civilprocesses von jenen praktischen Anleitungen getrennt und in gesonderten Vorträgen auf den Universitäten systematisch dargestellt.

III. Die Darstellung der Grundsätze dieser Civilproceßtheorie mit Ausschluß jener nur praktischen Uebungen ist denn auch der Gegenstand, mit welchem wir in diesen Vorlesungen uns beschäftigen wollen. Dabei werden wir dem Systeme, welches in der zwölften Auflage des Lehrbuchs entwickelt worden ist, folgen und nicht blos die in dessen allgemeinem Theile, sondern auch die in dem besondern Theile, sowie für diejenigen Arten des Verfahrens, für welche eigenthümliche, von den allgemeinen abweichende Bestimmungen gelten, aufgestellten Grundsätze näher erörtern.

2) Unter „Spiegel" verstand man jede deutliche Vorschrift des Verhaltens. Adelung, Wörterbuch, Th. 4, S. 570, Nr. 2.

Wir werden uns dabei streng an die gesetzlichen Unterlagen halten, die einschlagenden wichtigen Gesetzstellen, soweit es nöthig erscheint, exegetisch behandeln, aus der Dogmengeschichte aber nur soviel aufnehmen, als zum Verständniß der einzelnen Grundsätze erfoderlich erscheint. — Der Zuhörer wird aber zum vollen Verständnisse dieser Vorlesungen die Kenntniß der Quellen des gemeinen deutschen Civilrechts: des „Corpus juris Romani et Canonici" und der „Reichsgesetze", sowie deren Hermeneutik, die Bekanntschaft mit dem aus diesen Quellen geschöpften Civilrechte und der Rechtsgeschichte, endlich aber die Kenntniß des Staatsrechts, dessen Grundsätze von wesentlichem Einfluß auf die Theorie des Civilprocesses sind, bedürfen, sodaß dieselben nur von Denjenigen mit gutem Erfolge besucht werden können, welche die Lehrvorträge über jene Gegenstände bereits angehört haben. — Wenden wir uns nun zur Darstellung unsers Gegenstandes selbst.

§. 1.

I. Entwickelung des Begriffs der deutschen gemeinen bürgerlichen Proceßtheorie.

I. Die Befugnisse und Pflichten, welche aus den unter den Staatsgliedern begründeten Rechtsverhältnissen entstehen, erhalten erst dadurch ihren wesentlichen Werth, daß dem Berechtigten, welcher an der Ausübung oder im Gebrauche seines Rechts gehindert, oder sonst in Beziehung auf dasselbe verletzt wird, Mittel geboten sind, durch welche er Schutz gegen dergleichen Hindernisse und allenfalls Ersatz des durch sie verursachten Schadens zu erlangen im Stande ist. Die Kenntniß dieser Mittel ist daher ebenso wichtig, als die der einzelnen Rechtsverhältnisse, ihrer Entstehungs- und Untergangsweisen und der Befugnisse und Pflichten, welche aus denselben hervorgehen. Darum muß eine vollständige Erörterung der Rechtsgrundsätze, welche in Ansehung solcher Hinderungs- und Verletzungsfälle zur Anwendung kommen, nicht weniger, wie die Erörterung derjenigen, welche in Bezug auf die Rechtsverhältnisse selbst gelten, einen unentbehrlichen Theil der Rechtswissenschaft bilden.

II. Ein Berechtigter kann allerdings auf mehrfache Art in der Ausübung seines Rechts gehindert, oder in Rücksicht auf seine Befugnisse verletzt werden. Es sind jedoch vorzüglich zwei durch die Ursachen ihrer Entstehung verschiedene Arten solcher Behinderungen und Störungen zu unterscheiden. Die eine, welche durch die physische Natur, oder durch andere dieser, bezüglich der Rechtsverfolgung, gleichzuachtende Ursachen, wie z. B. vernunftlose Thiere oder zurechnungsunfähige Menschen ohne alles auch

nur mittelbare Mitwirken imputationsfähiger Personen [1]) hervorgebracht wird; die andere, welche die Folge des Betragens solcher Menschen ist, denen ihre Handlungsweise zugerechnet werden kann. Gegen die erste Classe von Störungen und Verletzungen wohlbegründeter Rechte müssen allerdings von dem Staate, in welchem eine solche vorkommt, mancherlei Arten von Mitteln zu deren Abwendung oder, wenn sie doch erfolgt ist, zur Vergütung des verursachten Schadens geboten sein. Die Angabe dieser Mittel jedoch gehört nicht sowol in die Darstellung der Theorie der Rechtsverfolgung, als in die der Polizeiwissenschaft, da der Staat bekanntlich seine Polizeigewalt [2]) dazu anwendet, dergleichen Uebel zu verhüten, oder auf zweckmäßige Art für eine Entschädigung zu sorgen [3]), z. B. rücksichtlich der Feuerschäden durch Errichtung von Brandversicherungsanstalten, an welchen jeder Hausbesitzer Theil zu nehmen gezwungen ist.

III. Andere Grundsätze gelten dagegen von den durch zurechnungsfähige Menschen verursachten Rechtsstörungen. Denn insofern diese ihr Betragen durch Rechtsgründe genügend zu rechtfertigen nicht [4]) vermögen, vielmehr widerrechtlich gehandelt haben, erzeugt das zwischen jenem Urheber und dem von ihm verletzten Berechtigten vorhandene [5]) Rechtsverhältniß schon als

---

1) L. 61 in f. D. de administ. tut. (26, 7): Impune puto admittendum quod per furorem alicuius accidit, quomodo si casu aliquo, sine facto personae id accidisset. Clem. un. de homicid. (5, 4). Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pandekten, Aufl. 3, §. 83, 2. — Wogegen das Verschulden der Wächter solcher Personen die Wächter, was den Schadenersatz anlangt, so verantwortlich macht, als wären sie selbst die Urheber der Verletzung. Siehe Glück, Commentar, X, 270 fg.

2) v. Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechts, III, 68 fg. Rob. Mohl, Polizeiwissensch. (1832), I, 333 fg.; II, 60 fg. Derselbe, Präventivjustiz (1834).

3) Auch die noxae datio enthält, sofern sie Pflicht ist, ein solches Institut. Vergl. Heise u. Cropp, Jurist. Abhandlungen, Bd. 1, Abh. 20, S. 415 fg.

4) Widrigenfalls der Grundsatz der L. 55 D. de reg. jur. „Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur" u. L. 151 ibid. Anwendung findet.

5) Vermöge des Grundsatzes, daß jedes Recht eine wenigstens negative Zwangspflicht bei andern Personen, als dem Berechtigten, erzeugt. Mühlenbruch, a. a. O., §. 74.

solches einen gegründeten Anspruch des Letztern auf Hinwegräumung der von Ersterm verursachten Rechtshinderung und, betreffenden Falls, auf Ersatz des dadurch gestifteten Schadens. Können sich hierüber die Betheiligten dann in Güte nicht vereinigen, so läßt sich eine doppelte Art denken, wie der an seinem Rechte Gekränkte den erwähnten Anspruch geltend zu machen, ihn zu verfolgen, im Stande ist, nämlich entweder durch Selbsthülfe oder durch Vermittelung dritter Personen. Selbsthülfe im weitern [6]) Sinne genommen, besteht in der Anwendung der eigenen Körperkräfte und sonstiger [7]) Gewalt des in Ansehung seines Rechts Verletzten, um, auch wider den Willen des zurechnungsfähigen Urhebers einer ihm widerfahrenen Rechtsverletzung, die Folgen derselben zu beseitigen, geschehe das durch Hinwegräumung einer fortdauernden, wol gar erst drohenden Hinderung seiner Rechtsausübung, oder aber durch Auswirkung einer Entschädigung für die Vergangenheit. Aber auch die Vermittelung dritter Personen könnte zu dem nämlichen Ziele führen, wenn der Urheber der fraglichen Rechtsverletzung bereit ist, ein von ihm begangenes Unrecht wieder gut zu machen, und er sich entweder dem Ausspruche des Dritten unbedingt unterwirft, oder von diesem überzeugt wird, im vorliegenden Falle rechtswidrig gehandelt zu haben. Allein diese wesentlichen Erfordernisse einer wirksamen Beseitigung vorgefallener Rechtsstörungen durch Vermittelung Dritter werden desto seltener eintreten, je häufiger die bei Behauptung einer erlittenen Rechtsstörung Betheiligten darüber völlig verschiedener Meinung sind, ob das angeblich verletzte Recht Demjenigen, der dasselbe in Anspruch nimmt, auch in der That, entweder an und für sich, oder in dem behaupteten Umfange, zusteht, überdies aber auch die Existenz der Störung, oder wenigstens das ursachliche Verhältniß auf Seiten des angeblichen Störers, oft bezweifelt wird. Liegt nun aber eine solche Meinungsverschiedenheit vor, so entsteht zwischen dem angeblich Berechtigten und dem Verpflichteten ein Rechtsstreit im weitern [8]) Sinne, bei welchem dann

6) Fritz, Erläuterungen zu v. Wening Ingenheim's Lehrbuch, I, 125. S. unten §. 8, I.

7) z. B. Drohungen, Beistand anderer Menschen.

8) Ueber den engern Begriff: Gönner, Handbuch des deutschen gem. Processes, Ausg. 2, Bd. 2, Abh. 20, §. 19, S. 40 fg. Davon ver-

auch die Selbsthülfe solange eine gerechte Anwendung nicht finden kann, als nicht ausgemacht ist, wer von beiden betheiligten Parteien das Recht auf seiner Seite, mithin wer von ihnen die richtigere Meinung gehabt habe. Zu einer Entscheidung über diese Frage könnte nun zwar die freiwillige [9]) Unterwerfung der streitenden Parteien unter den Ausspruch eines oder mehrerer Dritten (Schiedsrichter) führen, wenn eine darauf gerichtete Verabredung (Compromiß) zwischen ihnen zu Stande käme, die Entscheidung auch von den erwählten Schiedsrichtern vertragsmäßig (durch receptum) übernommen und der Ausspruch (laudum) demnächst in der That gefällt würde; es leuchtet jedoch von selbst ein, mit wie wenig Sicherheit man darauf zählen dürfe, daß alle diese Bedingungen einer wirksamen Beilegung entstandener Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter in allen Fällen eintreten werden. Hieraus ergibt sich daher die Unzulänglichkeit dieser Art von Rechtsschutz selbst unter der Voraussetzung, daß der Verurtheilte dem gefällten schiedsrichterlichen Erkenntnisse sich ohne Weiteres unterwirft und dessen Befolgung nicht noch erst durch Gewaltanwendung erzwungen werden muß. Denn würde dies erst noch erforderlich werden, so hängt alsdann der Erfolg dieser Art Rechtsverfolgung, wie in jenem ersten Falle der anzuwendenden Selbsthülfe, noch obendrein davon ab, ob demjenigen der Betheiligten, welcher bei der behaupteten Rechtsverletzung die Gerechtigkeit auf seiner Seite hatte, auch das Uebergewicht der physischen Kräfte über die seines Gegners zu Gebote steht, was nicht immer der Fall sein wird.

IV. In den geordneten Verhältnissen des Staatslebens kann aber einestheils eine derartige Anwendung der Selbsthülfe zur Vollziehung eines an sich wol gerechten Rechtsspruchs nicht geduldet werden, weil alle Staaten den Grundsatz aufstellen müssen, daß keines ihrer Mitglieder befugt sei, das andere gegen seinen Willen zu etwas zu zwingen, vielmehr dem Staate allein das jus cogendi zukomme [10]), und nur in wenigen Fällen, wo entweder

---

schieden ist der römische Ausdruck lis. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, Abth. 1, Bd. 1, §. 23.

9) Glück, a. a. O., Bd. 6, §. 475 fg.

10) Joh. Christ. Majer, Deutsches weltl. Staatsrecht, Bd. 3, §. 71, S. 175. Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 300, 339.

gar keine oder keine genügende Hülfe des Staats zu erlangen ist, eine Ausnahme davon stattfinden könne (§. 8); anderntheils aber kann im Staatsleben der Weg der Rechtsverfolgung durch Unterwerfung unter den Ausspruch von Schiedsrichtern nur unter gewissen Einschränkungen zu betreten gestattet werden. Es müssen nämlich die Gegenstände des Streits der freien Disposition der Parteien unterworfen sein, so daß das öffentliche Wohl bei deren Entscheidung gar nicht in Frage kommt; die Personen selbst aber, die sich zu diesem Wege der Rechtsverfolgung vereinigen, müssen freie Disposition über das Ihrige und damit die Befugniß haben, durch Verträge sich verpflichten zu können; endlich aber darf die Vollstreckung des Schiedsspruchs [11]) nicht durch Selbsthülfe des obsiegenden Theils, sondern nur durch Vermittelung des Staats, dessen Hülfe zu dem Ende anzugehen ist, erfolgen. Unter diesen Einschränkungen hat denn auch das Römische und Deutsche Recht [12]) die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter, welche durch Compromiß der Parteien ernannt worden sind, gestattet. Die nähere Erörterung dieser Einschränkungen aber, sowie der in Folge des Compromisses zwischen den Parteien entstehenden Rechte und Pflichten und des Verfahrens selbst, gehört nach strenger Systematik nicht in die Theorie des gerichtlichen Processes, sondern in die Darstellung der Lehre von den Verträgen [13]).

V. Allein selbst unter diesen Voraussetzungen bleibt diese Art der Rechtsverfolgung unvollständig und kann in einem Staate, welcher seine Bestimmung [14]) erfüllen soll, nicht genügen, viel-

---

11) L. 5 pr. C. de recept. arbitr. (2, 56). Pütter, Opusc. rem judiciar. imp. illust., p. 470. Gönner, Handbuch des Processes, Bd. 1, Abh. 6, §. 3, S. 121 fg.

12) Tit. D. de receptis (4, 8); tit. C. de recept. arbit. (2, 56); tit. X. de arbitris (1, 43), u. in VIto de arbitr. (1, 22). Reichskammergerichtsordnung v. 1495, §. 28. Reichsabschied v. 1594, §. 65 fg. Glück, a. a. O., VI, 476 fg. Aus dieser Gestattung schiedsrichterlicher Entscheidungen sind die Austräge im deutschen Reiche hervorgegangen. Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 317.

13) Thibaut, System des Pandektenrechts, Aufl. 8, §. 585 fg. Mühlenbruch, Pandekten, §. 433. v. Wening Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts, §. 279.

14) Dahlmann, Politik, Bd. 1, §. 8. Jordan, Staatsrecht, S. 113 fg. Mohl, Polizeiwissenschaft, Bd. 1, §. 1—3.

mehr muß die öffentliche Gewalt es als eine ihrer Obliegenheiten anerkennen, die wohlbegründeten Rechte der Mitglieder des Staats gegen alle Arten von Störungen, welche innerhalb des Staatsgebiets durch ein widerrechtliches Betragen zurechnungsfähiger Mitunterthanen vorkommen können, soviel als thunlich, zu schützen und nöthigenfalls das etwa verletzte Recht wiederherzustellen. Darum ist es nothwendig, daß jeder wohleingerichtete Staat nicht allein im Voraus den Weg vorzeichnet, auf welchem sicherer, als es durch Selbsthülfe oder Compromiß geschehen kann, dem in seinem Rechte Gehinderten oder Verletzten zu seinem Rechte verholfen wird; sondern daß er auch Maßregeln ergreift und Einrichtungen trifft, welche zur Ausführung und Geltendmachung der als gerecht anerkannten Ansprüche mit der entsprechenden Macht versehen sind. Man schreibt deshalb jedem Staate einen eigenen Zweig von Hoheitsrechten zu, die Justizgewalt, hier, in Civilsachen. Vermöge dieser werden von Seiten des Staats diejenigen Personen bezeichnet, welche statt seiner — weil die juristische Person des Staats nur in der Idee existirt — die Staatshülfe allen Denen zu Theil werden lassen, welche an ihren Rechten gekränkt oder gehindert zu sein behaupten und aus diesem Grunde jene Hülfe suchen. Die Personen, welche diese Hülfe den darum Nachsuchenden gewähren, heißen in solcher Beziehung ein Gericht, mag durch mehrere Personen oder durch eine Person ein solches gebildet werden. Dieses Gericht verwaltet dann im Namen und unter der Autorität des Staats, weil es mit dem Zwangsrechte, welches dem Staate allein zusteht, bekleidet ist, die Justizgewalt desselben. Weiter muß aber für die Fälle, wo die Staatshülfe gesucht wird, bestimmt sein, welche Eigenschaften die darum Nachsuchenden, die streitenden Theile, an sich tragen müssen, um den Gerichten unterworfen zu sein, sei es, daß sie die Hülfe des Staats für sich in Anspruch nehmen, oder daß dieselbe gegen sie gesucht werde. Nicht weniger sind die Arten der Streitigkeiten vorausbestimmt, wegen welcher von den einzelnen Gerichten die Gewähr der Staatshülfe zu erwarten ist, da es mancherlei Streitigkeiten gibt, welche auf diesem Wege nicht erörtert werden können und sollen, z. B. Steuer-, Landescultur-Angelegenheiten u. a. Endlich aber ist die Art und Weise geregelt, wie bei Nachsuchung um Gewährung der Hülfe des Staats zu verfahren ist.

VI. Alle diese Bestimmungen, welche ein eigenes, in sich zusammenhängendes Ganze bilden, bezeichneten die Römer [15]) mit dem Kunstausdrucke „iudicium", das Kanonische Recht [16]) aber und die deutschen Reichsgesetze [17]) nach dem Sprachgebrauche [18]) des Mittelalters mit dem Namen „processus". Man hat also darunter nicht die Thatsache des Verfahrens allein zu verstehen, sondern auch dessen zum Rechtsbestande erfoderliche Eigenschaften, welche durch die gesetzlichen Vorschriften über die Beschaffenheit, die Art und Weise der Handlungen, die berechtigten und verpflichteten Personen und den Gegenstand, in Ansehung dessen das gerichtliche Verfahren stattfinden soll, geregelt werden. Um nun den ganzen Inbegriff aller dieser eigenthümlichen Befugnisse und Obliegenheiten (subjectiv), oder der dieselben bestimmenden gesetzlichen Normen (objectiv) durch einen Kunstnamen zu bezeichnen, hat man sich des Ausdrucks Proceß in weiterer Bedeutung sowol von Seiten der juristischen Schriftsteller [19]), als auch in [20]) ältern und neuern deutschen Gesetzgebungen bedient, während hier und da auch wol der freilich weniger passende [21]) Ausdruck „formalia iuris", im Gegensatze der Materialien der Rechtsverhältnisse, zur Bezeichnung des Proceßrechts im umfassenden Sinne des Worts gebraucht worden ist. Bleibt man nun bei jenem

---

15) L. 11, 13, 14, 30, D. de judic. (5, 1). Glück, a. a. O., V, 136.

16) Cap. 5, X. de feriis (2, 9). Clem. 2, i. f. de verb. signif. (5, 11). J. H. Böhmer, Jus eccles. protest., lib. 2, tit. 1, §. 1.

17) Bereits die Glossatoren bedienten sich des Ausdrucks „Proceß" statt judicium. Kind, Opusc. acad. (1836), p. 359, s.

18) Reichskammergerichtsordnung v. 1555, Th. 1, Tit. 9 u. 22, §. 1; Tit. 38, §. 1, 2, 6, 9, 10, 13 fg. Th. 2, Tit. 1, §. 1 fg.; Tit. 21, §. 3; Tit. 25 u. 36. Th. 3, in der Ueberschrift. Jüngster Reichsabschied, §. 34, 122, 137.

19) Schon die frühesten Schriftsteller über Proceß nehmen auf die dabei wesentlich erforderlichen Personen und nicht blos auf das Verfahren, bei ihren Definitionen von judicium, Rücksicht. Tancreti Ordin. judiciar. tract. lib. 1, §. 1, 2, 4 fg. Robert. Marantae Prax. s. de ord. judic., pars 1, No. 1—37. Vulteii Tract. de judic. (1654), lib. 1, cap. 1, No. 36.

20) Vergl. Note f des Lehrbuchs.

21) Völlig erschöpfend erscheint diese Bezeichnung schon deshalb nicht, weil in der Lehre von der Rechtskraft dieselben Ausdrücke eine ganz andere Bedeutung schon längst gehabt haben. S. unten §. 113.

ziemlich begründeten Sprachgebrauche stehen, so müssen zwei Begriffe von Proceß in juristischer und zwar eigentlicher Bedeutung von einander getrennt werden, der engere, welcher das den Gesetzen angemessene Verfahren bei gerichtlicher Rechtsverfolgung oder Behandlung eines Rechtsstreits bezeichnet, und der nur entwickelte, mehr umfassende Sinn jenes Ausdrucks. Mag daneben der Gerichtsstyl[22]) einzelne bestimmte Arten gerichtlicher Verfügungen, z. B. die in der Appellationsinstanz vom Obergericht ergangene Einleitung des Appellationsverfahrens, auf sehr uneigentliche Weise Processe nennen, so hat das ebenso wenig Erheblichkeit für die Wissenschaft, als die Sitte des gemeinen Lebens, wonach man jeden einzelnen Rechtsstreit selbst, mithin einen Gegenstand der gerichtlichen Rechtsverfolgung, einen Proceß nennt.

VII. Betrachtet man nun den Proceß in seiner eigentlichen und weitern Bedeutung, und zwar weder blos historisch noch statistisch, sondern für den Zweck der Anwendung der gegebenen Vorschriften auf die dazu geeigneten Fälle, so ergiebt sich, daß daraus eigenthümliche Befugnisse und Obliegenheiten entstehen, welche nur vorhanden sind, oder ihre Wirksamkeit äußern, wenn in einem bestimmten Falle Staatshülfe gesucht werden soll, oder wirklich gesucht worden ist, mithin Befugnisse, die von einer Bedingung abhängen, bei deren Existenz sie sich allein zeigen. Das Eigenthümliche dieser Rechte und Pflichten, welche man zweckmäßig processualische nennt, äußert sich A) in Ansehung der Subjecte des Rechtsstreits darin, daß sie theils dem Gerichte, nach allem seinen Personale, zustehen bezüglich obliegen, theils sich auf die Parteien, die gegen einander Staatshülfe suchen, beziehen, theils sich auf dritte Personen erstrecken, welche ohne zum Gerichte zu gehören, erlaubter Weise eines fremden Rechtsstreits sich annehmen und bei dessen Verhandlung concurriren, z. B. Advocaten, Sachverständige, Zeugen. Es äußert sich B) aber auch in ihrer rechtlichen Natur, indem sie 1) auf Seiten der Parteien nur accessorischer Natur sind, nur als Mittel zu dem Zwecke ein schon bestehendes Rechtsverhältniß gerichtlich

22) Jüngster Reichsabschied, §. 35 u. 38; siehe auch die in Note 18 citirten Reichsgesetze.

verfolgen zu können dienen, und von diesem genau zu unterscheiden sind, da das Letztere ein selbständiges, von der Bedingung der Rechtsstörung unabhängiges sein, mithin zur Geltung gelangen muß, sollte gleich dessen Inhaber in seinem Rechte nie gehindert werden. Ihre Existenz erhalten sie mithin erst dadurch, daß über das Hauptverhältniß ein Streit entsteht, oder eine Störung desselben eintritt und in Folge davon die interessirten Parteien sich an das Gericht wenden, sich also weder bei der Störung beruhigen, noch sich auf schiedsrichterlichem oder sonstigem Wege vereinigen. 2) Aus der accessorischen Natur der processualischen Befugnisse und Pflichten folgt aber weiter, daß dieselben, namentlich alle Befugnisse der Parteien, welche sich auf den Rechtsstreit beziehen, keinen selbständigen Werth haben können; ihr Werth vielmehr nur nach dem des Hauptgegenstandes, zu dessen Verfolgung sie das Mittel sind, beurtheilt werden kann. Es zeigt sich das besonders folgenreich bei denjenigen Proceßschritten, bei welchen es darauf ankommt, daß um eine gesetzlich bestimmte Geldsumme der Streit sich bewege, z. B. im Appellationsverfahren, indem dann diese Summe nur nach dem Betrage des Streitobjects, welches im Processe verfolgt wird, beurtheilt wird, nicht aber die einzelnen Proceßschritte an und für sich einer eigenthümlichen Schätzung unterworfen werden. Wegen einer vom Gerichte verworfenen Einrede der Compensation z. B. kann nicht appellirt werden, wenn das Quantum der Compensation die Appellationssumme nicht erreicht, sollte gleich das Object der Forderung appellabel sein; folglich ist die Befugniß jener Einrede sich zu bedienen, nicht an und für sich, sondern nur bedingt alsdann erheblich, wenn durch sie ein appellables Object verfolgt wird[23]). Endlich tragen aber 3) alle processualischen Rechte und Verbindlichkeiten eine gemischte, rechtliche Natur an sich, indem sie theils auf öffentlichen, theils auf privatrechtlichen Rechtsverhältnissen beruhen und nach den hierfür geltenden Grundsätzen ihre Beurtheilung erhalten müssen. Das zeigt sich zunächst in Ansehung der Gerichte und des Verhältnisses der Parteien und deren Assistenten zu diesen. Nur um des öffentlichen Wohles

---

23) Pfeiffer, Prakt. Ausf., VI, 50 fg.; insbes. 361 fg.

willen sind in allen Staaten die Unterthanen für den Fall, daß gegen sie aus einer Rechtsverletzung oder Störung eine Klage zu erheben wäre, gewissen vom Staate geordneten Gerichten unterworfen, dingpflichtig, d. h. sie stehen zu den Beamteten, welche im Namen des Staats die Staatshülfe administriren, den Gerichten, in einem gewissen Unterwürfigkeitsverhältnisse, welches seine Wirksamkeit äußert, sobald ein Rechtsstreit gegen den einen oder andern Unterthan begonnen ist. Es beruht daher das Recht der Gerichte, im Proceß den Parteien und ihren Beiständen befehlen zu können, und die Verpflichtung jener, diesen Anordnungen gehorchen zu müssen, sowie das Zwangsrecht, welches den Gerichten von dem Staate übertragen ist, nur auf dem öffentlichen Rechte, an dem auch durch die Vereinigung der Parteien allein nichts geändert werden kann. So würde z. B. eine Vereinigung der Parteien, einen Termin zu verlegen, ohne daß das competente Gericht dazu seine Genehmigung ertheilte, ohne Bedeutung sein. Aber auch die Parteien unter sich stehen in keinem rein privatrechtlichen Verhältnisse, vielmehr sind auch hierbei wegen des Gemeinwohls mancherlei Bestimmungen getroffen, welche jene Mischung beweisen. So ist in Ansehung des Gegenstandes des Rechtsstreits die freie Disposition der Parteien, die doch offenbar zum Privatrechte gehört, während eines Rechtsstreits darüber mannichfach beschränkt, namentlich durch das Verbot der Veräußerung desselben, was auf öffentlichen Rechtsprincipien beruht. Noch häufiger findet sich aber die genannte Mischung in Ansehung der Partei-Rechte und -Pflichten, welche die Art und Weise der Führung eines Rechtsstreits betreffen, z. B. durch Bestimmung gesetzlicher Fatalien, welche durch keine Protestation und Reservation und nicht einmal in allen Fällen durch eine Vereinigung der Parteien ihre Wirksamkeit verlieren. Es bilden daher die processualischen Rechte und Pflichten [24]) ein eigenthümliches Obligationsverhältniß für den Fall eines zu führenden Rechtsstreits, welches nicht durch die Willkür der Privaten, sondern unmittelbar durch das Gesetz selbst begründet wird, sobald ein Rechtsstreit begonnen ist. Es sind dieselben folglich nur persönlicher Natur, während der

24) v. Bethmann-Hollweg, Versuche über Theile der Civilproceß-Theorie, S. 148 fg.

Gegenstand des Rechtsstreits bald in dinglichen, bald persönlichen, bald Standes-Gerechtsamen besteht, also von mehrfacher Art sein kann.

VIII. Wegen dieser und ähnlicher Eigenthümlichkeiten der Proceßbefugnisse und Obliegenheiten und wegen ihrer Mannichfaltigkeit ist es unverkennbar, wenn auch nicht nothwendig, doch zweckmäßig und rathsam, eine selbständige Theorie dieser Rechte und Pflichten zusammenzustellen. Diese Theorie wird dann, da sie etwas rein Positives ist, und mit der Staatsverfassung in unmittelbarem Zusammenhange steht, in den verschiedenen Staaten mehr oder weniger von einander abweichen, wie dies namentlich auch zwischen der nach gemeinem deutschen Rechte und der in den einzelnen Staaten geltenden Theorie der Fall ist; deshalb aber kann auch nicht von einer allgemeinen, aus philosophischen Principien construirten, sondern nur von einer Proceßtheorie des einzelnen Staats die Rede sein. Was nun die nach gemeinem deutschen Rechte geltende Proceßtheorie, von welcher allein hier die Frage sein soll, betrifft, so bezieht sich diese, wie schon aus der bisher entwickelten Entstehungsart derselben von selbst folgt, nur auf privatrechtliche, sogenannte bürgerliche, oder Civilrechtsstreitigkeiten und kann auf Verhältnisse des Staatsrechts nur dann ausgedehnt werden, wenn sich dies aus dem positiven Rechte nachweisen läßt. Denn obgleich es in den Verhältnissen, in welchen die Unterthanen als solche zum Staate, als juristischer Person, stehen, an Hemmungen der Rechte und Verletzungen der Pflichten nicht fehlt, und dabei Schutz ebenso nöthig als wünschenswerth sein kann, so ist dieser doch nicht auf dem bisher angedeuteten Wege zu suchen, wenn der Verletzte der Unterthan, der Verletzende aber der Staat oder der Regent selbst ist. Denn dieser ist an und für sich seinen eigenen Gerichten nicht, sobald er aber souverain ist, gar keinen andern Gerichten unterworfen, womit dann zugleich die Möglichkeit einer gerichtlichen Rechtsverfolgung gegen ihn von selbst hinwegfällt. Ist aber in solchen Verhältnissen der Staat Derjenige, welcher in seinem Rechte gehemmt oder verletzt zu sein glaubt, dann bedarf dieser nicht eines processualischen Verfahrens um sein Recht zu realisiren, weil ihm nicht, wie dies bei den Unterthanen der Fall ist, eine verbotene Selbsthülfe zur Last gelegt werden kann, ihm vielmehr das aus-

schließliche Zwangsrecht in seinem Gebiete zusteht. Daher schützt sich in manchen solchen Verhältnissen die gehemmte Staatsbehörde ohne Weiteres selbst in ihrem Rechte, ohne erst ein Civilproceßverfahren eintreten zu lassen, z. B. die Steuerbehörden durch sofortige Executionsvollstreckung gegen die säumigen Steuerpflichtigen. Nur für eine Art öffentlicher Rechtsverhältnisse, welche gekränkt sind und deshalb des Schutzes bedürfen, ist in Deutschland ein besonderer processualischer Weg vorgeschrieben, für die Criminalsachen. Dieser aber weicht so wesentlich von dem für die Civilrechtsverletzungen ab, daß man sie nicht vereint behandeln kann, sich vielmehr hüten muß, Schlüsse von dem einen auf den andern zu machen.

Es beschränkt sich demnach die hier vorzutragende Theorie des gerichtlichen Processes lediglich auf privatrechtliche Ansprüche und zwar entweder auf solche, denen von einem Privatmanne Hindernisse in den Weg gelegt werden, auf deren Hinwegräumung gedrungen wird, oder auf solche, welche dadurch, daß die Rechte eines Privatmannes durch einen Andern vernichtet worden sind, entstehen, mögen sie auf Wiederherstellung des Zerstörten, oder auf Ersatz des verursachten Schadens gerichtet sein. Darum nennt man die Rechtsverhältnisse, mit denen der Civilproceß sich beschäftigt, streitige. Es wird dabei als der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß mehre Privatleute, mithin wenigstens zwei, über das Vorhandensein gewisser Rechtsverhältnisse untereinander uneinig sind, sei es, daß die Existenz oder der Umfang und die Folgen des Rechtsverhältnisses in rechtlicher oder factischer Beziehung bezweifelt, sei es, daß die Läsion des Verhältnisses selbst geleugnet wird. Aber auch der Fall gehört hierher, wenn zwar die Existenz des Rechtsverhältnisses nicht bestritten wird, der Verpflichtete aber, sei es aus bösem Willen oder aus bloser Trägheit, dem Anspruche des Gegners nicht gehörig, oder nicht zur rechten Zeit, oder gar nicht genügt. Ja es gibt Fälle, in welchen man sich der richterlichen Hülfe bedient, ohne noch einen bestimmten Gegner zu haben, wenn man entweder nicht weiß, ob ein gewisses Recht von Jemand bestritten werde, gleichwol dieses Recht nicht ausüben kann, so lange es an der Gewißheit fehlt, daß kein Widerspruch entgegensteht, oder wenn Derjenige abwesend oder wahnsinnig wäre, der zur Ausübung eines Rechtsverhältnisses concurriren müßte. Denn in allen diesen und ähnlichen Fällen

müssen bei dem Civilgerichte präparatorische Schritte erfolgen, welche mit einem wahren Civilprocesse übereinstimmen, um einen möglichen Widerspruch zu erfahren und zu beseitigen. Endlich ist aber bei den Theilungsklagen [25]) durch eine singuläre Vorschrift des Römischen Rechts verordnet, daß ein civilprocessualisches Verfahren in jedem Falle stattfinden soll, wenn auch die bei der vorzunehmenden Theilung Interessirten unter einander sowol über ihre Theilnahme an diesem Geschäfte überhaupt, als auch über die Größe des einem Jeden gebührenden Theils einig wären, sobald nur die Interessenten nicht wissen, wie eine Theilung zu veranstalten sei, oder wenn zur Gültigkeit der Form im einzelnen Falle die Concurrenz des Gerichts erforderlich ist, möchte auch sonst kein Streit weiter obwalten. Wenn daher der Ausdruck „streitige" Rechtsverhältnisse als Bedingung des Civilprocesses gebraucht wird, so muß man denselben in diesem Umfang als einen technischen Ausdruck betrachten (§. 20, 21).

§. 2.

II. Umfang der Civilproceßtheorie des gemeinen deutschen Rechtes.

I. Wenn es sich aus dem Bisherigen vollkommen rechtfertigt, daß man seit Einführung einer systematischen Bearbeitung der Rechtswissenschaft die Theorie des bürgerlichen oder Civilprocesses als einen abgesonderten Zweig derselben anerkannt und ausgebildet hat, so kommt es nun darauf an, den Umfang dieser Theorie genauer zu begrenzen, um zwar vollständig alles dahin Gehörige darzustellen, dagegen jede Beimischung verschiedenartiger Gegenstände, sollte gleich die Zweckmäßigkeit oder Bequemlichkeit deren Aufnahme hier und da veranlaßt haben, zu vermeiden. Eine solche Abgrenzung der Theorie des Civilprocesses ist aber auch nicht ohne praktische Wirksamkeit; denn die Gesetzgebungen, welche zwar ganz andere Vorschriften für die Materialien (merita

25) L. 2, §. 3, D. fam. herc isc. (10, 2). L. 2, §. 1, D. commun. divid. (10, 3). L. 13, 14, D. de judic. (5, 1). Gönner, a. a. O., I, 116 a. E. IV, 76, §. 1, 4. Heffter, Instit. des Civilpr., S. 413 fg.

causae), ganz andere für die gerichtliche Rechtsverfolgung (formalia) angewendet wissen wollen, enthalten nicht selten derartige Bestimmungen nur in allgemeinen Ausdrücken oder, ohne wissenschaftliche Abgrenzung des Einen von dem Andern, in einem Gesetze beiderlei Vorschriften, so daß in solchem Falle nur die Wissenschaft dem Richter die Möglichkeit an die Hand geben kann, das für den einzelnen Fall ihm in der einen oder andern Rücksicht Erhebliche von dem Uebrigen zu trennen. In dieser Weise enthält z. B. das preußische Landrecht und der Code civil die Lehre von der Beweisführung und den Beweismitteln, die offenbar in die außerdem noch erlassenen Proceßordnungen gehört, welche dieselben Gegenstände, aber nicht einmal harmonisch mit jenen Vorschriften behandeln. Käme nun ein Richter in die Lage für die Materialien eines Rechtsstreits das preußische Landrecht, für die Rechtsverfolgung aber ein anderes Proceßgesetz, als die preußische Gerichtsordnung, zur Anwendung zu bringen, so würde er bei Entscheidung des Zweifels, ob das preußische Landrecht mit seinen Vorschriften über die Beweismittel, oder die sonst bei dem Gerichte geltende Proceßgesetzgebung seinen Verfügungen zur Richtschnur dienen müsse, nur durch die Wissenschaft und deren Abgrenzung der Proceßtheorie auf die rechte Bahn geführt werden können. Wichtig ist aber eine solche Abgrenzung der Proceßtheorie auch für den Fall der Collision coordinirter Gesetze, also da, wo der Rechtsstreit bei einem andern Gerichte geführt wird, als in dessen Gebiet das Streitobject belegen, oder das streitige Rechtsverhältniß entstanden ist, gleichwol die Gesetzgebungen beider Orte, in Ansehung der in diesem Falle anzuwendenden Grundsätze, von einander abweichen. In dergleichen Fällen äußern die bekannten Streitfragen, ob die Zulässigkeit und die Bedingungen der Klagen und der Einreden, der Werth und die Voraussetzungen der Beweismittel, ja wol gar die Zahl und Zulässigkeit der Rechtsmittel, die Art und Weise der Urtheilsvollziehung und das Vorzugsrecht der Gläubiger im Concurse, als Bestandtheile der Proceßtheorie zu betrachten und deshalb nach den Gesetzen des Gerichts, vor dem der Rechtsstreit geführt wird, zu beurtheilen seien, oder ob dieses Alles, oder Einzelnes davon, als Theil des materiellen Rechts, nach den Gesetzen des Ortes der Entstehung des streitigen Rechtsverhältnisses, bezüglich der

belegenen Sache sich zu richten habe, ihre Wirksamkeit. Die Entscheidung dieser Streitfrage (Compendium, §. 11, Note b) wird aber wesentlich mit davon abhängen, wie man den Umfang der Civilproceßtheorie wissenschaftlich richtig zu bestimmen hat.

II. Bereits oben (§. 1, VIII) sind die processualischen Rechte und Pflichten als der wesentliche Gegenstand der Civilproceßtheorie bezeichnet und darunter diejenigen verstanden worden, welche sich lediglich auf den Fall einer gerichtlichen Rechtsverfolgung und deren Behandlung beziehen. Dergleichen Rechte und Pflichten können nun aber nicht gedacht und folgeweise nicht dargestellt werden, ohne A) das Subject, d. h. alle die Personen, bei welchen sich dergleichen processualische Rechte und Verpflichtungen finden können, in Ansehung ihrer rechtlichen Eigenschaften näher zu bezeichnen. Da nun ein gerichtlicher Rechtsstreit ohne streitende Theile (Parteien) und ohne ein Gericht, welches den Rechtsstreit entscheiden soll, nicht gedacht werden kann, diese unentbehrlichen, oder Hauptpersonen des Rechtsstreits jedoch auch berechtigt sind, sich wenigstens unter bestimmten Voraussetzungen der Stellvertretung oder Beihülfe anderer Personen (Nebenpersonen) zu bedienen, so bildet der Inbegriff aller dieser Personen das Proceßsubject (§. 33), dessen Voraussetzungen und sonstige erhebliche Eigenschaften in der Theorie des Civilprocesses aufgezählt und dargestellt werden müssen, damit man erfahre: wem der Staat seine Hülfe zu der Rechtsverfolgung angedeihen lassen wolle, gegen wen diese Hülfe zu hoffen sei, und durch welche Gerichts- und andere Personen man erwarten könne jene Hülfe des Staats zu erlangen. Außer diesem Proceßsubjecte kommen zwar allerdings bei einer gerichtlichen Rechtsverfolgung dritte Personen in Frage, wie z. B. Zeugen, Sachverständige, Inhaber von Urkunden, welche für den einzelnen Rechtsstreit von Bedeutung sind, auch wird wol in der Civilproceßtheorie von den Rechten und Pflichten solcher Personen gehandelt; allein da die Gesetze ausdrücklich ausgesprochen haben, daß die Rechte wahrhaft dritter Personen durch einen zwischen Andern verhandelten Rechtsstreit, an dem sie nicht Theil genommen haben, in keiner Weise verändert werden können, so enthalten solche Ausführungen eine Ueberschreitung der Grenze der Civilproceßtheorie. Daher gehört die Erörterung der Frage, ob Jemand verpflichtet sei in einem be-

stimmten Rechtsstreite Zeugniß abzulegen oder gewisse Urkunden für denselben vorzulegen, um so weniger zum Gegenstande der Civilproceßtheorie, als die Erörterung derselben Frage ebenso häufig da vorkommt, wo ein Rechtsstreit noch gar nicht existirt, z. B. bei dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse. — Neben dem Proceßsubjecte muß eine wissenschaftliche Darstellung der Civilproceßtheorie B) auch den Gegenstand einer gerichtlichen Rechtsverfolgung genügend darstellen. Denn es fehlt allerdings nicht an Streitigkeiten über bürgerliche Rechtsverhältnisse, welche der Behandlung und Entscheidung durch die Gerichte des Staats entzogen und bald andern Behörden zugewiesen, z. B. Verwaltungssachen, bald wol gar aller Hülfe von Seiten des Staats beraubt sind, z. B. die Rechtsverhältnisse mit Exterritorialen. An dem eigentlichen Gegenstande der Rechtsverfolgung sind dann aber noch diejenigen Eigenschaften desselben hervorzuheben, welche auf die Art und Weise der gerichtlichen Rechtsverfolgung rechtlichen Einfluß haben können. — Endlich aber darf in der Theorie des Civilprocesses die Darstellung C) derjenigen Handlungen bezüglich Unterlassungen, nicht fehlen, welche von Seiten des Proceßsubjects vorkommen können oder müssen, um die Staatshülfe zu erlangen, bezüglich gehörig angedeihen zu lassen. Diese Art und Weise des Betragens des Proceßsubjects hat dann auch ihre eigenthümlichen Voraussetzungen, besonders nach Zeit, Ort und Form, ohne deren Beobachtung ein einzelner Proceßschritt und wol gar ein ganzes Verfahren alles Rechtsbestandes entbehrt, oder doch als rechtsverletzend betrachtet wird und besondere Schritte zu seiner Anfechtung veranlaßt. Je mannichfaltiger aber die Zahl der einzelnen Proceßschritte ist, und je mehr der Zusammenhang ihrer aller, sowie einzelner Abschnitte derselben einen erheblichen Einfluß auf das Resultat des Rechtsstreits äußert, desto ausführlicher muß dieser Theil der Proceßtheorie behandelt werden. Eben deshalb wird derselbe mit dem Namen Proceß im engern Sinne bezeichnet.

III. Neben der Erörterung der so eben bezeichneten wichtigen Momente, beschäftigt sich die Theorie des Civilprocesses mit der Darstellung der Regeln der Klugheit oder Vorsicht, welche die Führung eines Rechtsstreits zu erleichtern und eher zu einem gedeihlichen Ende zu führen vermögen. Da diese Regeln keinen selb-

ständigen Theil der Proceßtheorie bilden, auch keine Pflicht existirt, sich nach denselben zu richten, wenngleich durch deren Beobachtung eigenthümliche Vortheile erlangt werden können, auf welche es ohne diese Vorsicht kein unbedingtes Recht gibt, so sind dieselben nur an der geeigneten Stelle einzuschalten; auch ist bei deren Anwendung wohl zu überlegen, ob nicht die Eigenthümlichkeiten des einzelnen Falles Bedenken gegen deren Gebrauch erwecken, damit nicht etwa der gehoffte Erfolg dennoch vereitelt werde. Wenn daher im Nachstehenden hier und da solche Maßregeln an die Hand gegeben werden, so geschieht es nur um die Aufmerksamkeit auch darauf zu leiten und ohne die Vollständigkeit der Angabe derselben zu verbürgen.

IV. Der Umfang der Civilproceßtheorie wird durch das bisher Angegebene vollständig so bezeichnet, wie es die Einheit dieses Zweiges der Rechtswissenschaft mit sich bringt. Wenn gleichwol von Alters her nach deutschem Rechte denselben Gerichten, welche bestimmt sind streitige Rechtsverhältnisse aufzuklären, zu entscheiden und nöthigenfalls durch öffentlichen Zwang zu realisiren, Functionen bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen sind, so ist das eine Zufälligkeit in der Einrichtung der deutschen Staatsverwaltung, die in andern Staaten, z. B. in Frankreich, nicht ebenmäßig vorkommt. Diese subjective Verbindung der streitigen mit der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Person des nämlichen Beamten, welche in Deutschland besonders bei den untersten Behörden üblich geworden ist, kann aber die große Verschiedenheit derjenigen Grundsätze nicht aufheben, welche bei der Behandlung so verschiedenartiger Gegenstände vor Gericht zur Anwendung kommen müssen. Der Beamte, welcher Vormundschaftsangelegenheiten, Bestätigungen von Verträgen, Aufnahme von Testamenten u. dergl. zu besorgen hat, ist dabei ein Organ der Polizeigewalt des Staats, während er bei Behandlung und Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten der Vertreter der richterlichen und executiven Gewalt des Staates ist. Von einer Einheit der letzten Grundsätze kann daher bei so verschiedenen Objecten und Richtungen der Thätigkeit nicht wol die Frage sein, mag gleich bei beiden eine gewisse Art der Behandlung, ein procedere, gesetzlich vorgeschrieben sein und mögen bei denselben selbst Handlungen vorkommen, welche mit einander viel

Aehnliches haben, wie z. B. Berufungen, Beweise. Mit Unrecht hat daher Gönner[1]) den Schriftstellern über Proceß einen Vorwurf daraus gemacht, daß sie in ihren Lehrbüchern des Civilprocesses nur die Lehren der gerichtlichen Rechtsverfolgung bestrittener Rechtsverhältnisse und nicht auch die der Behandlung von Geschäften der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit erörtern. Es muß vielmehr, bei der Verschiedenheit der Grundprincipien beider und der großen praktischen Wichtigkeit auch dieses Zweigs der Gerichtsthätigkeit, einer eigenen Theorie überlassen bleiben, deren Grundsätze zu entwickeln, wie dies denn auch von Schriftstellern[2]) vielfach, weniger dagegen in den Lehrvorträgen auf den Universitäten geschehen ist.

V. Ebenso wenig läßt es sich rechtfertigen, wenn in einige Lehrbücher[3]) der Civilproceßtheorie die Rechtssätze über Eingehung von Vergleichen und deren rechtliche Natur, oder auch die Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten aufgenommen worden sind, während Beides der Lehre von den Verträgen im Rechtssysteme[4]) angehört, und die Vergleiche überall nicht wesentlich die Theilnahme eines Gerichts an ihnen erfordern, die schiedsrichterliche Verhandlung aber sogar alle richterliche Concurrenz im einzelnen Falle ausschließt, auch sich mit Fällung des endlichen Erkenntnisses endigt, indem kein Schiedsrichter die Befugniß genießt seine Entscheidung, auch wenn sie unangefochten geblieben oder von den Interessenten anerkannt ist, selbst zu vollstrecken, weil ihm in dieser Eigenschaft öffentliche Autorität nicht verliehen ist. — Endlich aber ist es durchaus zu misbilligen[5]), wenn, wie von Claproth und einigen ältern Pro-

---

1) Gönner, Handbuch, I, 5, §. 5.

2) Wolfg. H. Puchta, Handbuch d. gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen. Ferd. Osterley, Versuche aus dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit (Hannover 1830).

3) Claproth, Einleit. in d. ordentl. Proceß, Th. 1, 1, §. 6 fg. Heffter, System des römischen u. deutschen Civilproceßrechts, §. 93 fg. Goldschmidt, Abhandlungen aus d. Civilproceß (Frankfurt, 1818), Abhandl. XII. Linde, Lehrbuch des Processes, §. 6.

4) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, §. 433. Glück, Comment. VI, 65 fg. Göschen, Vorl. über Civilrecht, III, 468 fg.

5) Anderer Meinung ist Schaffrath, Grund- und Fundamentalwissenschaft des Civil- und Criminalprocesses, Bd. 1.

ceßlehrern geschehen ist, die Theorie des Verfahrens in Strafsachen, als Anhang der Civilproceßtheorie, unter den summarischen Processen abgehandelt wird. Denn beide Arten der Rechtsverfolgung gehen, wie bereits erwähnt, von ganz verschiedenen Zwecken aus, benutzen zur Erörterung des einzelnen Falles wesentlich verschiedene Mittel und Wege und haben so abweichende Grundprincipien, daß es unthunlich ist, sie als Theile eines Ganzen zu behandeln.

§. 3.

III. Verschiedene Gattung der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie.

I. Zur Zeit des noch bestehenden deutschen Reichs mußte man in Deutschland zwei Civilproceßtheorien rücksichtlich des geographischen Umfangs ihrer Geltung unterscheiden. Die eine, welche nur in einzelnen deutschen Staaten oder auch in einzelnen Provinzen, ja selbst für bestimmte Gerichte desselben Staates Anwendung litt, und daher als die particulare zu bezeichnen ist, die andere hingegen, welche durch ganz Deutschland und bei allen deutschen Gerichten wenigstens dann Anwendung fand, wenn für diese eigene gültige Bestimmungen über Proceß nicht vorhanden und die subsidiäre Geltung der für ganz Deutschland geltenden nicht ausdrücklich und auf rechtsbeständige Art aufgehoben war, und daher als die gemeine deutsche Civilproceßtheorie zu betrachten ist. An Beispielen der erstern Art hat es von frühen Zeiten her nicht gefehlt, indem fast jedes deutsche Staatsgebiet seine mehr oder minder ausführliche Proceßordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten hatte, und aus diesen nebst den damit verbundenen Gewohnheiten und Observanzen der Gerichte sich eine particulare oder territoriale Civilproceßtheorie bildete. Die Anwendung dieser erstreckte sich jedoch nicht über die Grenzen des einzelnen Reichsstaats, ja es kam vor, daß sie nicht einmal für alle Provinzen desselben Staats Geltung hatte, wenn diese vielleicht früher einem andern Gebiete angehört hatten und erst durch Erbgang oder sonst an das Territorium, mit welchem sie später verbunden, gekommen waren. So gab es eine preußische, baierische und sächsische Proceßordnung und Theorie. Das deutsche Reich hat aber selbst die Veranlassung zu einer solchen particularen Proceßtheorie dadurch gegeben,

daß es für einzelne Reichsgerichte Proceßordnungen erließ, welche nur für die Parteien, welche bei denselben Recht suchten oder nehmen mußten, sowie für die Mitglieder dieser Gerichte und die Nebenpersonen bei dort anhängigen Rechtssachen gesetzliche Kraft genossen. Es war dies aber nicht allein bei den beiden höchsten Reichsgerichten, dem Reichskammergerichte und dem Reichshofrathe, sondern sogar bei einzelnen kaiserlichen Landgerichten, z. B. dem in Rothweil, der Fall. So groß demnach die Anzahl der deutschen particularen Civilproceßtheorien war, so mannichfaltig war auch deren Verschiedenheit bald in wesentlichen, bald nur in Nebenpunkten. Allein kaum eine derselben wird für sich völlig ausreichend gewesen sein, und in solchem Falle trat alsdann ergänzend die gemeinrechtliche deutsche Civilproceßtheorie ein, welche aus den Quellen hergeleitet wurde, aus denen das gemeine deutsche Recht zu schöpfen war, den Reichsgesetzen im Zusammenhalte mit dem Römischen und Kanonischen Rechte. Diese subsidiäre Anwendbarkeit der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie ist jedoch, namentlich in der spätern Zeit des Reichs, von einzelnen Territorien völlig ausgeschlossen worden, so von Kurbrandenburg bei Erlassung der allgemeinen Gerichtsordnung für den preußischen Staat.

II. Seit der 1806 erfolgten Auflösung des deutschen Reichs kann aber, da weder der Rheinbund noch auch der gegenwärtig bestehende Deutsche Bund die Einheit des ehemaligen Reichs wieder hergestellt haben, eine solche zweifache Art der Civilproceßtheorie als fortbestehend nicht betrachtet werden, sondern nur die Rede von den eigenthümlichen Proceßtheorien jedes einzelnen Bundesstaats sein. Die gemeinrechtliche deutsche Civilproceßtheorie, insofern sie früher für das ganze deutsche Reich Geltung hatte, ist daher als solche nur noch historisch wichtig, da sie mit Auflösung des Reichs ihre gesetzliche Kraft verloren hat. Insofern dieselbe aber in den einzelnen deutschen Territorien wenigstens subsidiäre Gesetzeskraft genoß, gehört sie mit zu dem besondern Rechte dieses Landes und hat in dieser Eigenschaft noch jetzt Geltung, soweit nicht das Gegentheil ausdrücklich angeordnet worden ist. Aus diesem letzten Gesichtspunkte aber ergibt sich das noch fortdauernde praktische Interesse der Theorie des Civilprocesses, welche als gemeinschaftlich im deutschen Reiche geltend zu betrachten war, und die Wichtigkeit der Kenntniß derselben zum

richtigen Verständniß und zur vollständigen Ergänzung der Territorial-Proceßgesetzgebung und Theorie. Auf die Darstellung dieser Theorie hat sich denn auch das Lehrbuch, mit dessen Erläuterung wir uns in diesen Vorlesungen beschäftigen werden, beschränkt, und alle Territorial-Civilproceßtheorie völlig ausgeschlossen, indem zwar eine Vergleichung der letztern mit der bisher gemeinrechtlichen gewiß von hohem Interesse ist, nicht aber Gegenstand einer systematisch richtig geordneten Theorie des gemeinen Proceßrechtes sein kann, daher besondern Schriften überlassen werden muß.

III. Wenn demnach diese Theorie den Gegenstand der nachstehenden Ausführung bildet, so wird man wol noch andere, an und für sich richtige Abtheilungen derselben in Betracht gezogen zu sehen erwarten. Denn wenn auch hier die Eintheilung des Civilprocesses in den ordentlichen und außerordentlichen, besonders summarischen, deshalb noch nicht in Frage kommt, weil dieselbe sich lediglich auf die Art und Weise der gerichtlichen Rechtsverfolgung bezieht, diese aber nur einen Theil der Theorie des Civilprocesses in der weitern Bedeutung bildet, so läßt sich doch dem Gegenstande nach allerdings von einander trennen das gerichtliche Civilverfahren bei kirchlichen und weltlichen, sowie bei Allodial- und Lehns-Rechtsstreitigkeiten, soweit sie in das Privatrecht eingreifen. Allein keiner dieser Gegenstände hat eine vollständige, ihm ausschließlich eigenthümliche Theorie der gerichtlichen Rechtsverfolgung; es genügt daher, wenn bei einzelnen Abschnitten der allgemeinen Civilproceßtheorie die sich etwa findenden Eigenthümlichkeiten solcher Streitgegenstände bemerklich gemacht werden, z. B. der besondere Gerichtsstand für kirchenrechtliche und Lehnssachen (§. 47). — Daß hingegen von einem die staatsrechtlichen Verhältnisse betreffenden gerichtlichen Verfahren in gegenwärtiger systematischer Behandlung der Civilproceßtheorie die Rede nicht sein kann, folgt schon aus dem oben (S. 14) angeführten Grundsatze, daß alle gerichtliche Rechtsverfolgung die Unterwürfigkeit des Beklagten unter das angerufene Gericht voraussetzt, woran es gleichwol bei zu belangenden Regenten fehlen würde, da sie nicht Unterthanen ihrer eigenen Gerichte sein können. Nach den deutschen Reichsgesetzen war zwar, da alle Fürsten des Reichs als Unterthanen von Kaiser und Reich zu betrachten, mithin, wenn auch nicht den eigenen Landesgerichten, doch den höchsten Reichsgerichten

unterworfen waren, die Möglichkeit gegeben auch deutsche Regenten wegen solcher Streitigkeiten vor diesen Gerichten zu belangen, welche lediglich staatsrechtliche Fragen betrafen, worüber denn im Wege des Civilprocesses nach den Vorschriften über das reichsgerichtliche Verfahren verhandelt wurde; allein mit der Existenz des Reichs und der Reichsgerichte ist diese Eigenthümlichkeit der Reichsverfassung hinweggefallen, da seitdem die Regierung jedes deutschen Bundesstaats die Souverainetät genießt.

§. 4.

IV. Quellen der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie.

I. Bevor aber die deutsche gemeinrechtliche Civilproceßtheorie dargestellt werden kann, müssen zunächst die Quellen und Hülfsmittel angegeben werden, welche zur Begründung und Rechtfertigung der vorzutragenden Materialien dienen. Denn da hier, wie in andern Zweigen der Rechtswissenschaft, nur Rechte und Pflichten zu entwickeln sind, so bedarf es eines genügenden Grundes, worauf das Recht oder die Pflicht beruht und welcher daher als unmittelbare Quelle davon zu betrachten ist. Als solche aber sind nun im Civilprocesse bei weitem am häufigsten Gesetze in der weitern Bedeutung, nicht aber das Abkommen von Privatpersonen zu betrachten. Um aber aus diesen Quellen die Theorie der gerichtlichen Rechtsverfolgung gehörig herleiten zu können, gibt es mancherlei Hülfsmittel, von denen dann ebenfalls zu handeln ist.

II. Was nun zuvörderst die Quellen betrifft, aus welchen die deutsche gemeinrechtliche Civilproceßtheorie herzuleiten ist, so bestehen diese theils in den ursprünglich einheimischen, theils in den recipirten römischen und kanonischen Gesetzen, daher von jeder dieser Quellen zuerst einzeln zu reden sein wird und sodann von der Reihenfolge, in welcher dieselben zur Anwendung kommen. — Die einheimische Gesetzgebung bildete in ältern Zeiten in den wenigsten deutschen Ländern auch nur rücksichtlich der Privatrechtsverhältnisse ein umfassendes Ganze, sie war vielmehr nur die Frucht augenblicklicher Bedürfnisse und beschränkte sich auf

den Gegenstand, bei welchem sich ein solches Bedürfniß zeigte. Bei solchen Gelegenheiten hat man dann auch sehr häufig andere gesetzliche Bestimmungen hinzugefügt, die nicht eigentlich zu jenem Gegenstande gehören. Es ist dies namentlich in Ansehung der processualischen Rechte und Pflichten geschehen, so daß von diesen sich mancherlei Einzelheiten in Gesetzen finden, die ihrer Bestimmung nach einen ganz andern Gegenstand hatten, insbesondere auf Regulirung von Rechtsverhältnissen sich bezogen, die vielleicht einmal künftig den Gegenstand eines Rechtsstreits abgeben konnten. Allein neben solchen Einzelheiten der Civilproceßtheorie hat es in Deutschland sehr früh besondere Proceß- oder Gerichtsordnungen gegeben, sogenannte ordinationes iudiciarias, z. B. die alte sächsische von 1622, Gesetze, die, wo nicht ausschließlich doch vorzugsweise, Vorschriften für die Verfolgung von Civilrechtsstreitigkeiten und die dabei eintretenden Rechte und Pflichten enthalten sollten. Dergleichen Proceßordnungen erschienen vorzüglich bei Organisation von Gerichten, namentlich bei Errichtung von Obergerichten, und führen daher nicht selten den Namen Kanzlei- oder Hofgerichts-Ordnung.

III. Auch die deutsche Reichsgesetzgebung, welche von den deutschen Territorien besonders in der ältern Zeit zum Muster genommen wurde, hatte keine allgemeine Proceßordnung für alle deutschen Gerichte erlassen, wie dergleichen doch für die Criminalsachen in der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532 ergangen ist; vielmehr sind nur für die kaiserlichen Landgerichte, deren es in manchen Distrikten Deutschlands gab, besondere kaiserliche Landgerichtsordnungen und für die beiden höchsten Reichsgerichte eigenthümliche Proceßordnungen erlassen worden, welche an sich nur bestimmt waren, die Rechte und Pflichten derjenigen Personen festzustellen, welche bei einem dieser Gerichte Recht gaben oder nahmen, welche also entweder als Gerichtspersonen angestellt waren oder als Parteien dabei auftreten. — So ist namentlich 1495 bei Errichtung des Reichskammergerichts die erste ordinatio cameralis erschienen, welche mehrmals verbessert, am ausführlichsten 1555 erlassen und publicirt worden ist. Zwar ist später 1603 ein Entwurf zu einer weitern Verbesserung derselben gemacht, das conceptum ordinat. cameralis, und 1613 dem Reichstage zur Genehmigung vorgelegt worden, allein dieser Entwurf hat

nie die Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt des deutschen Reiches erlangt und ist daher nie zum Reichsgesetz erhoben auch nie publicirt worden. Derselbe kann daher nur insofern Interesse haben, als darin alle Abänderungen zusammengestellt sind, welche seit 1555 in Bezug auf den Kammergerichtsproceß durch einzelne Reichsgesetze getroffen worden waren, und insofern derselbe unveränderte Auszüge jener Reichsgesetze enthält. Wichtiger dagegen namentlich auch für den Proceß beim Kammergerichte ist der Reichsabschied von 1654 — gewöhnlich als der „jüngste Reichsabschied", weil deren weitere nicht erschienen sind, citirt —, indem dieser in §. 34 fg. für das Kammergericht eine neue Proceßordnung enthält. Auf ähnliche Weise ist für das andere höchste Reichsgericht, den Reichshofrath, eine eigene Proceßordnung, zuletzt 1654 verbessert, gegeben worden; allein die deutschen Reichsstände haben sich lange Zeit geweigert, diese Reichshofrathsordnung als Gesetz anzuerkennen, weil sie der Kaiser ohne Zustimmung des Reichstags erlassen hatte, und wenn auch diese Weigerung später zurückgenommen worden ist, so enthält die Reichshofrathsordnung doch weniger Eigenthümliches, was für den gemeinen deutschen Proceß von Wichtigkeit wäre, da sie nicht so ins Einzelne geht, wie die Kammergerichtsordnung, und deren Inhalt meistens wiederholt. — Jedoch enthält der jüngste Reichsabschied im §. 137 [1]) die Vorschrift, daß die Norm des kammergerichtlichen Processes soviel als möglich bei allen Territorialgerichten beobachtet werden solle. Durch diese reichsgesetzliche Vorschrift ist daher Dasjenige, was für das Reichskammergericht eine Proceßnorm abgab, mithin ursprünglich nur eine Quelle dieser Particularproceßtheorie gewesen ist, auch zu einer Quelle des gemeinen oder Reichsprocesses erhoben [2]).

---

1) Jüngster Reichsabschied, §. 137. „Es sollen auch Chur-Fürsten und Stände des Reichs bei ihren Unter-Gerichten die Verordnung thun, damit, soviel möglich, bei denenselben die Norma des Cammer-Gerichtlichen Processes observiret werde; Jedoch mit diesem ausdrücklichen Vorbehalte, dafern bei solchen Judiciis ein anderer Modus eingeführt, und biß dahero beständig hergebracht worden, daß es auch dabey sein ohn geändertes Verbleiben haben soll; gleichwohl aber was von Abschneidung der Productorum Weitläufftigkeit oben versehen, in acht genommen werde."

2) Auf die Reichshofrathsordnung leidet diese Vorschrift jedoch keine Anwendung.

IV. In neuerer Zeit ist zwar dieser bisher allgemein anerkannte Grundsatz bestritten und die Existenz gemeinrechtlicher Quellen der Proceßtheorie bezweifelt worden [3]), weil in der angeführten Stelle des jüngsten Reichsabschieds den Reichsständen nur zur Pflicht gemacht worden sei, dafür zu sorgen, daß in ihren Ländern die Normen des kammergerichtlichen Verfahrens möglichst beobachtet würden, es mithin erst noch darauf ankomme, ob und wie weit jeder deutsche Reichsstand dieser ihm auferlegten Pflicht Genüge geleistet habe. Allein dieser Einwand steht im geraden Widerspruch mit der Gesetzeskraft, welche jeder reichsgesetzlichen Vorschrift sogleich bei ihrer gehörigen Bekanntmachung zukam, sich nicht blos auf die unmittelbaren Reichsunterthanen, sondern auch auf alle mittelbaren [4]) erstreckte, ohne erst einer speciellen Bekanntmachung in den einzelnen reichsständischen Gebieten zu bedürfen. Da es nun eine unbestrittene Thatsache ist, daß der jüngste Reichsabschied auf die gewöhnliche Art, wie andere deutsche Reichsgesetze in ganz Deutschland publicirt worden ist, so muß schon deshalb §. 137 desselben als eine Rechtsquelle für alle deutschen Reichsunterthanen anerkannt werden, der an ihrer rechtlichen Wirksamkeit auch in den reichsständischen Gebieten nichts abgehen kann, in welchen die Landesherrschaft es etwa versäumt hat, besondere Maßregeln zu ergreifen, damit die Intention dieses Reichsgesetzes möglichst erreicht werde. Eine Unterlassung der Erfüllung dieser Obliegenheit würde nur den säumigen Reichsstand verantwortlich gemacht haben, könnte aber der gesetzlich ausgesprochenen und gehörig publicirten Vorschrift selbst an ihrer Kraft und Gültigkeit nichts benehmen.

V. Muß man hiernach den §. 137 des jüngsten Reichsabschieds als eine zu Recht bestehende Gesetzesvorschrift betrachten, so folgt weiter hieraus, daß die erste Quelle des gemeinrechtlichen Civilprocesses die Reichskammergerichtsordnung ist und deshalb für die einzelnen Territorien entschiedene Wichtigkeit hat. Man darf dabei aber nicht aus den Augen lassen: 1) daß dieselbe jedenfalls nur subsidiäre Geltung genießt, wenn nämlich in dem einzelnen Reichslande es an abweichenden landesgesetzlichen Bestimmungen fehlt.

3) H. I. Siegen, Jurist. Abhandl. (1834), S. 144 fg.

4) Häberlin, Deutsches Staatsrecht, II, 164.

Denn aus der im §. 137 des jüngsten Reichsabschieds enthaltenen clausula salvatoria folgt, daß die Kammergerichtsordnung nicht unter die absolut gebietenden Reichsgesetze gehört, daß vielmehr jedes Territorium die Befugniß hatte, abweichende proceßgesetzliche Bestimmungen zu erlassen. — Es ist aber die Kammergerichtsordnung auch 2) nicht die alleinige Quelle des gemeinrechtlichen Civilprocesses, vielmehr sind neben ihr als solche auch die spätern Reichsgesetze, welche den kammergerichtlichen Proceß betreffen, z. B. der Reichsdeputationsabschied von 1600 und der jüngste Reichsabschied, und sonstige gültige Quellen dieses Processes aufzuzählen, da der angezogene §. 137 des jüngsten Reichsabschieds ganz allgemein von den Vorschriften des kammergerichtlichen Processes redet. Aber auch von den für das Reichskammergericht erlassenen gesetzlichen Bestimmungen sind 3) nicht alle als Quelle des deutschen gemeinrechtlichen Civilprocesses zu betrachten, vielmehr nach den Worten des §. 137 des jüngsten Reichsabschieds nur diejenigen, welche den Proceß im engern Sinne (modus procedendi) betreffen. Daher darf man von den Bestimmungen für dieses Gericht keinen Schluß machen a) auf den Umfang der Gerichtsbarkeit eines andern Gerichts, z. B. rücksichtlich der Größe der Appellationssumme, welche bei dem Reichskammergericht auf 400 Thlr. oder 600 Fl. festgesetzt war; b) rücksichtlich der Besetzung und collegialischen Verfassung der Gerichte in den einzelnen Ländern; c) in Bezug auf die Geschäftsvertheilung und Besorgung bei den Territorialgerichten, da für diese z. B. die Vertheilung in Senate, die Kanzleieinrichtung und das Botenwesen beim Reichskammergericht nicht maßgebend sein kann. Es lassen sich dagegen aber solche Regeln der kammergerichtlichen Geschäftsbesorgung, welche ihren Grund nur darin haben, eine unparteiische Rechtspflege zu befördern, ohne auf die Eigenthümlichkeit des Reichskammergerichts selbst Rücksicht zu nehmen, z. B. die Verpflichtung aller Mitglieder des Gerichts, Bestechungen anderer Mitglieder, die auch nur versucht waren, ohne Weiteres zur Sprache zu bringen, wol als allgemein geltend betrachten. 4) Selbst von denjenigen Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnung aber, welche den Proceßgang im engern Sinne betreffen, kann alles Dasjenige für die Gerichte der einzelnen Territorien subsidiäre Geltung nicht haben, was seinen

Grund entweder nur darin hat, daß dort die streitenden Parteien gewöhnlich nur Reichsstände oder Regenten waren, deren Würde selbst bei solchen Geschäften geschont werden sollte; oder darin, daß das Reichskammergericht von den einzelnen Provinzen und Gebieten sehr entfernt war, so daß deshalb längere als die gewöhnlichen Fristen für die Gerichtshandlungen bestimmt werden mußten, was ohnehin wegen der Wichtigkeit der dort geführten Sachen alle Billigkeit für sich hatte. Es läßt sich daher die Lehre von den Fatalien und Zeitbestimmungen im kammergerichtlichen Verfahren als allgemein gültige Norm für die Territorialgerichte und den gemeinen deutschen Proceß nicht betrachten; z. B. §. 86 des Reichsdeputationsabschieds von 1600. Endlich aber hat es 5) gewisse eigenthümliche Proceßarten theils bei dem Kammergerichte theils bei den Territorialgerichten gegeben, bei welchen die Vorschriften für den Proceßgang des Reichskammergerichts nicht subsidiäre Geltung in den einzelnen deutschen Landen genießen konnten. So ist z. B. der sogenannte fiscalische Proceß bei dem Reichskammergerichte in den Territorien fast nie zur Anwendung gekommen und deshalb sind die darüber für das Reichskammergericht geltenden Bestimmungen als gemeinrechtliche nicht zu betrachten, umgekehrt aber ist das in einzelnen Territorien für Wechselsachen geordnete Verfahren, der Wechselproceß, kein gemeinrechtliches Institut, weil dieses particularrechtliche Verfahren den Gesetzgebungen für das Kammergericht völlig unbekannt geblieben ist.

VI. Zu den Normen des kammergerichtlichen Processes hat man allerdings auch die von dem Reichskammergerichte erlassenen gemeinen Bescheide zu rechnen, d. h. die ohne Rücksicht auf einen einzelnen Rechtsstreit abgefaßten und gehörig bekannt gemachten Vorschriften über einzelne unbestimmte oder undeutliche gesetzliche Bestimmungen rücksichtlich des gerichtlichen Verfahrens, welche den Parteien, die bei diesem Gerichte Recht suchten oder nahmen, zur Norm dienen sollten. Eine derartige legislative Gewalt war dem Reichskammergerichte durch die Reichsgesetze jedoch mit der Einschränkung übertragen, daß die von demselben erlassenen gemeinen Bescheide nur provisorische Gesetzeskraft genießen sollten, bis durch die nächste Visitation des Gerichtes, welche nach gesetzlicher Vorschrift alljährlich erfolgen sollte, der fragliche Be-

scheid einer gehörigen Prüfung unterzogen und entweder bestätigt oder aufgehoben worden sei. Wurde ein solcher gemeiner Bescheid bestätigt, dann war derselbe in den Visitationsabschied aufzunehmen und erhielt dadurch für das kammergerichtliche Verfahren die Geltung eines Reichsgesetzes, da alle Visitationen durch eine Deputation des Reichstags geschahen und in so weit den Kaiser und das Reich vertraten. Solange nun eine derartige Visitation nicht angeordnet war, wie z. B. von 1776 bis 1806, gehörten die gedachten gemeinen Bescheide allerdings vorläufig zu den Normen des kammergerichtlichen Verfahrens und es ist daher zur Streitfrage[5]) geworden, ob auf solche gemeine Bescheide unter

5) Schon durch die Kammergerichtsordnung von 1494, §. 32, wurde das Reichskammergericht beauftragt, alljährlich bei Kaiser und Reich Vorlage wegen Erklärung oder Verbesserung der Kammergerichtsordnung zu machen, und dies in der Kammergerichtsordnung von 1500, Tit. 23, wiederholt, darauf aber in der Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 36, verordnet: „Item, ob dieser Ordnung des Processes halben des Kammergerichts, Zweifel einfallen, oder weiter Ordnung und Fürsehung zu thun vonnöthen sein würde, wollen Wir Richter und Beisitzern befohlen haben, jederzeit, wann es die Nothdurfft erfordert, des Proceß halben, diese Ordnung ihrer besten Verständniß zu declariren, zu bessern, und weiter nothwendige Fürsehung und Ordnung fürzunehmen und zu machen und dieselbige also biß zu der jährlichen Visitation des kaiserlichen Cammergerichts zu halten befehlen, und alsdann dieselbige sammt denen andern Mängeln, denen verordneten Commissarien und Visitatoren fürbringen, die ferner solche approbiren, oder sonst derselben gebührlichs Einsehens thun sollen", diese Vorschrift auch im §. 34 des jüngsten Reichsabschieds ausdrücklich erwähnt, weiter aber im §. 94 des jüngsten Reichsabschieds ein Fall ausdrücklich angegeben, wo recht eigentlich das Verfahren durch gemeine Bescheide zu reguliren sei. Endlich wird aber in §. 14 des Visitationsabschieds von 1713 befohlen, daß, da wahrzunehmen, daß das Kammergericht die Ordnung und andere Reichs-Satzung durch gemeine Bescheide geändert habe, dies hinfüro nicht weiter, als gedachte Ordnung und Reichs-Satzung, gewisser Maaß erlauben, geschehen solle. — — Wenn dagegen aus §. 5 des Deputationsabschieds von 1557, §. 94 des Reichsabschieds von 1566 und §. 77 des Reichsabschieds von 1570 gefolgert werden soll, dem Reichskammergericht habe das Recht zugestanden, zweifelhafte Rechtsfragen jeder Art durch gemeine Bescheide, welche bis zu deren Aufhebung durch die Reichsversammlung provisorische Gesetzeskraft gehabt hätten, zu entscheiden, v. Linde, Lehrbuch des Civilpr., §. 20; Brackenhöft, Erörterungen, §. 20; Schmid, Handbuch des Civilpr. I, §. 10; so geht das zu weit. Denn der angezogene §. 77 des Reichsabschieds von 1570: „damit aller Veränderung und Ungleichheit künftiglich vorkommen werden möge,

der Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds §. 137 mitbegriffen und folglich als Quelle des gemeinen oder Reichsprocesses in Bezug auf ihren Gegenstand zu betrachten seien. Das praktische Interesse dieser Frage hat sich namentlich bei dem gemeinen Bescheide des Reichskammergerichts vom 19. Mai 1781 gezeigt, welcher ungeachtet des vom Kammergericht darüber an den Reichstag besonders erstatteten Berichtes nie die Bestätigung oder Aufhebung Seiten des Kaisers und des Reichs erfahren hat, obgleich dessen Gegenstand, die Wiedereinsetzung streitender Parteien in den vorigen Stand gegen Versehen ihrer Sachführer und Anwälte, von großem praktischen Gewichte ist. Die richtigere Meinung spricht den gemeinen Bescheiden des Kammergerichts als solchen, mithin so lange dieselben von Kaiser und Reich nicht bestätigt sind, die Wirkung, als Quelle des gemeinen oder Reichsprocesses dienen zu können, ab. Denn es ist einestheils unwahrscheinlich, daß der jüngste Reichsabschied im §. 137 die Reichsstände habe verpflichten wollen, dafür zu sorgen, daß solche Normen des kammergericht-

---

ordnen und befehlen Wir ..... etliche Beisitzer insonderheit zu verordnen, so die Substantialqualitates, darauf die Proceß, es sei in erster oder andern Instanz, zu erkennen zu vorab in Sachen fractae pacis ...... und dergleichen, so täglich fürkommen, zusammentragen sollen, darnach in pleno senatu referiren, darauf sich das Collegium eines einhelligen Brauchs und altem Styli in Fundirung unsers Cammer-Gerichts Jurisdiktion und Ertheilung der Proceß endlich vergleichen: darneben auch diejenigen opiniones, so bei den Rechtslehrern ganz streitig, und aber etwan in relationibus causarum mit Approbation deß gantzen Raths angenommen, mit Fleiß colligiren, solches alles in ein sonder Protokoll-Buch, so die Leser in ihrer Verwahrung haben sollen, mit vorwissen unsers Cammerrichters, durch einen Pronotarium oder per modum conclusionis beschreiben lassen, und in die Maintzische Canzlei, durch Uns auf nechstkünftige Reichsversammlung, auf Rath und Gutachten gemeiner Ständ publiciren zu lassen, schriftlich überschicken. Gleichwohl sollen Cammerrichter und Beisitzer, inmittelst solcher verglichenen Punkten, in decernendo processus et decidendo causas, sich gemäß verhalten." Es bezieht sich ebenso wie die andern Gesetzstellen nur auf die Präjudicien, welches jedes Obergericht geben wird, ohne daß Jemand anders als dieses selbst daran gebunden wäre, wenn nicht die gesetzgebende Gewalt dieselben sanctionirt. Anders verhielt es sich mit den gemeinen Bescheiden, welche, wie §. 94 des jüngsten Reichsabschieds darthut, anordnend eingriffen in den Proceßgang, und durch ihre Publication die beim Kammergericht Rechtsuchenden, nach der Publication im Visitationsabschied aber alle Unterthanen des Reiches banden.

lichen Verfahrens, deren Fortbestand so problematisch war, doch schon befolgt würden, anderntheils ist aber als entscheidend zu betrachten, daß diese gemeinen Bescheide nur am Sitze des Kammergerichts publicirt wurden, daher in keinem Falle diejenige Publication erlangten, welche bei den Reichsgesetzen zu deren Gültigkeit im ganzen Reiche gesetzlich erfordert, diesen Bescheiden aber nur bei der Aufnahme in den Visitationsabschied zu Theil wurde. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würden dieselben einen Vorzug selbst vor den Reichsgesetzen genießen.

VII. Mit dieser ersten einheimischen Quelle der deutschen gemeinen Civilproceßtheorie ist hiernächst eine zweite, das Gewohnheitsrecht in Proceßangelegenheiten, insoweit dasselbe überhaupt als gültige Rechtsquelle besteht, zu betrachten. Man muß dabei also den allgemeinen Regeln von dessen Gültigkeit gemäß zuvörderst voraussetzen, daß die einzelne processualische Gewohnheit mit ausdrücklichen gesetzlichen Geboten nicht in offenbarem Widerspruche stehe[6]), weil im entgegengesetzten Falle keine Gewohnheit Gesetzeskraft genießen soll. Ferner versteht es sich von selbst, daß auch von jeder die Proceßtheorie normirenden Gewohnheit — zu welcher unter Anderm auch der Gerichtsstyl gehört, der sich allein mit den Formen der gerichtlichen Verhandlungen und Ausfertigungen beschäftigt — die positiven Erfordernisse[7]) nachgewiesen[8]) werden, ohne welche dieselbe als eine rechtsgültige nicht zu betrachten wäre. Hierin liegt nun eine eigenthümliche Schwierigkeit für die Benutzung der Proceßgewohnheiten, als einer Quelle der Theorie des gemeinen Civilprocesses, indem wol von keiner Gewohnheit nachgewiesen ist, daß sie im ganzen deutschen Reiche als gesetzliche Norm gegolten habe, sich auch schwerlich in den Reichsgesetzen eine Anerkennung irgend

---

6) L. 2 C. quae sit longa consuetudo (8, 53). Die verschiedenen Auslegungen dieser Stelle finden sich in Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 56—59 und 213—215; v. Savigny, System des Römischen Rechts, I, 420 fg. Vergl. v. Vangerow, Leitfaden, I, 28 fg.

7) Ueber die Bedingungen der Geltung eines Gewohnheitsrechts s. v. Savigny, a. a. O., S. 168 fg. Seuffert, Archiv, I, Nr. 306, 310; II, Nr. 1; V, Nr. 99.

8) Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts s. v. Savigny, a. a. O., S. 181 fg. Seuffert, a. a. O., III, Nr. 256, 291—293.

einer Proceßgewohnheit als einer gemeinherrschenden finden wird. Vergißt man indessen nicht, daß zu den Normen des kammergerichtlichen Verfahrens unter anderm auch die Gewohnheiten gehörten [9]), welche für dieses höchste Reichsgericht verbindende Kraft erlangt hatten, und daß dergleichen Gewohnheiten wegen ihres mehr beschränkten geographischen Umfangs leicht erwiesen werden konnten, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß durch dergleichen kammergerichtliche Gewohnheiten mittelbar auch eine Quelle für die Theorie des gemeinen Civilprocesses unter den Beschränkungen eröffnet ist, unter welchen alle Normen des kammergerichtlichen Verfahrens zugleich für Bestimmungen des gemeinen oder Reichsprocesses zu halten sind (Satz V). Wenn man nun dergleichen processualische Gewohnheiten mit der besondern Benennung Gerichtsgebrauch zu bezeichnen pflegt, so darf man jedoch einen solchen Gebrauch nicht schon alsdann für vorhanden achten, wenn eine oder einige Entscheidungen irgend eines Gerichts übereinstimmend den nämlichen processualischen Grundsatz befolgt haben, ohne daß die übrigen Voraussetzungen eines gültigen Gewohnheitsrechts hinzugekommen sind und namentlich ohne einen vorhergegangenen, die Existenz der Gewohnheit betreffenden Streit zwischen den Parteien. Denn man darf nie die bekannte gesetzliche Regel: Non exemplis sed legibus judicandum esse [10]) aus den Augen verlieren, zufolge welcher den sogenannten Präjudicien der Gerichte an und für sich aller Werth benommen ist, soweit nicht etwa den Aussprüchen bestimmter Gerichtshöfe von der gesetzgebenden Gewalt eine besondere Wirksamkeit beigelegt wird, was im deutschen Reiche zwar nicht, wol aber in einzelnen Territorien [11]) unter Einschränkungen geschehen ist.

VIII. Sollten aber diese einheimischen Quellen der Proceßtheorie für einzelner Fragen ausreichende Vorschriften nicht an

9) §. 22. Jüngster Reichsabschied, §. 34.

10) L. 13 C. de sentent. et interl. (7, 45); L. 12 D. de offic. praes. (1, 18): „Non tamen spectantum est quid Romae factum, quam quid fieri debeat." Jordan, Archiv für civilist. Praxis, VIII, 255 fg. Puchta, a. a. O., S. 16. Savigny, a. a. O., I, 139, 149. Wächter, Archiv für civilist. Praxis, XXIII, 438 fg.

11) Jordan, a. a. O., S. 191 fg. Müller, civilist. Abhandl. (Gießen 1853), S. 160 fg.

die Hand geben, dann muß man allerdings auf die recipirten ausländischen Gesetze, das Römische und Kanonische Recht, so weit sie auf den Proceß sich erstrecken, zurückgehen. Das erstere hat zwar keine Civilproceßordnung, dagegen viele einzelne processualische Bestimmungen, welche in Deutschland durch dessen im Ganzen erfolgte Reception Gesetzeskraft erlangt haben. Im letztern aber finden sich auch nur einige zusammenhängende Bestimmungen im II. Buch der Decretalen und des liber VI, sowie der Clementinen. — Bei Anwendung dieser Gesetze aber muß man nicht aus den Augen lassen 1) daß viele der darin enthaltenen Vorschriften auf ältern, selbst zur Zeit Justinian's nicht mehr praktischen Sätzen oder auf einer ganz verschiedenen Staatsverfassung beruhen, und daher entweder keine Bedeutung mehr haben oder mit der jetzigen Verfassung der Staaten sich nicht vereinigen lassen, z. B. das forum der personarum miserabilium und die persönliche Theilnahme des Regenten an der Rechtspflege; 2) daß einerseits namentlich im Römischen Recht eine Reihe von Instituten für den Proceß sich finden, die zwar in Deutschland nie zur Anwendung gekommen sind, andererseits selbst in neuern Gesetzen Ausdrücke und Bezeichnungen angewendet werden, die dem Römischen Recht oder Kanonischen Recht entlehnt, dort aber in ganz anderm Sinne gebraucht worden sind. Man muß daher bei Benutzung dieser Quellen der historischen Behandlungsweise derselben Folge geben, um theils die vorhandenen positiven Bestimmungen in ihrem wahren Sinne aufzufassen, theils zu erfahren, wie man dieselben im Mittelalter gedeutet, in die deutschen Gesetze übertragen und so nach und nach in die Gerichtssprache aufgenommen hat. 3) Was endlich besonders das Kanonische Recht betrifft, so läßt es sich zwar nicht leugnen, daß in Ansehung des Processes nicht nur viel noch jetzt Gültiges darin enthalten, sondern auch im Falle der Collision die kanonischen Bestimmungen vor den römischen den Vorzug haben, theils weil man die christliche Kirche und ihre Gesetzgebung im Mittelalter als einheimische betrachtete und schon deshalb ihren Bestimmungen den Vorzug einräumte, theils aber vorzüglich weil das Proceßverfahren, wovon der Papst redet, den einheimischen Sitten und Gebräuchen mehr entsprach, als das im Römischen Recht vorgezeichnete; allein man darf nicht übersehen, daß im Kanonischen

Rechte Vieles auf hierarchischen Principien beruht, welche für Deutschland theils durch Concordate in ihrer Anwendung beschränkt, theils auf die Protestanten keine Anwendung leiden, wie sich das im Eheproceß besonders wichtig zeigt.

IX. Die Ordnung aber, in welcher alle die so eben genannten Quellen der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie zu gebrauchen sind, ist dieselbe, welche auch in den andern Theilen der Rechtswissenschaft gilt. Zuerst hat man nämlich die einheimischen Quellen der Zeitfolge nach, bei deren gänzlichem Mangel hingegen subsidär die ausländischen recipirten zur Anwendung zu bringen. Sollten aber in solchem Falle Römisches und Kanonisches Recht sich widersprechen, so genießt das letztere, wie schon gesagt, den Vorzug. — Man darf aber nicht erwarten, daß in allen diesen Quellen die einzelnen Proceßregeln buchstäblich und wörtlich ausgesprochen sind, vielmehr muß ein großer Theil derselben durch consequente Folgerungen hergeleitet werden, indem die Gesetze nur den bestimmten Zweck oder die rechtliche Natur gewisser processualischer Institute enthalten. Diese nach den Regeln der logischen Interpretation gefundenen Resultate genießen dann ebenfalls gesetzliche Kraft, sollte ihrer gleich im Gesetze nicht namentlich gedacht sein. Man nennt dies das Princip der Zweckmäßigkeit, der Natur der Sache, und kann für viele einzelne Bestimmungen dies als die einzige Quelle anführen, z. B. für die Edictalladung der Gläubiger im Concurse, für das Prioritätsverfahren, für den Arrest- und Executivproceß, wovon die gemeinrechtlichen Quellen fast nichts enthalten.

X. Aeltere Schriftsteller haben wol auch die Zahl der angegebenen Quellen durch ausdrückliches Aufführen noch anderer, oder dadurch vermehrt, daß sie bei Entscheidung von einzelnen Streitfragen sich ohne weitere Begründung auf solche Quellen bezogen haben. Es ist dies namentlich so A) mit der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl V. geschehen, welche zwar die einzige Proceßordnung für das deutsche Reich ist, allein zuvörderst einen ganz andern Gegenstand, als die Civilproceßtheorie, im Auge hat, die öffentliche Bestrafung begangener Verbrechen. Da nun diese lediglich um des öffentlichen Wohles willen erfolgt, deshalb aber jeder Einfluß der Privatwillkür davon ausgeschlossen ist, so beruht auch das peinliche Verfahren auf ganz

andern Grundprincipien als das Civilproceßverfahren, indem das letztere das Verhandlungsprincip, welches im Ganzen genommen als ein Ausfluß der freien Verfügung des Einzelnen über das Seinige zu betrachten ist, das erstere aber das Inquisitionsprincip zur Grundlage hat (§. 16, I). Es würde daher zu den größten Irrthümern führen, wollte man von wesentlichen Bestandtheilen der einen Art des Verfahrens auf die ähnlichen der andern schließen, z. B. die Zulässigkeit der Präclusivtermine, die Wirkungen der Rechtskraft im Civilverfahren auf das Criminalverfahren übertragen, oder auf gleiche Weise Beweisgründe in dem einen, wie in dem andern Verfahren beurtheilen, z. B. das gerichtliche Geständniß, dem das Civilverfahren unbedingte Gültigkeit, das Criminalverfahren diese nur dann einräumt, wenn unterstützende Momente dessen Wahrheit darthun. Es kann daher die peinliche Gerichtsordnung nur insoweit, als sie für eigentliche Civilansprüche Bestimmungen enthält, z. B. in Art. 207—214 über den Schadenersatz aus Verbrechen und dessen Rechtsverfolgung, als Quelle und insoweit daraus für manche Formen des gerichtlichen Verfahrens im Mittelalter eine Erklärung geschöpft werden kann, als Hülfsmittel der Theorie des Civilprocesses betrachtet werden. — Nicht weniger hat man aber B) die libri feudorum als Quelle des Civilproceßverfahrens betrachten und daraus processualische Principien ableiten und rechtfertigen wollen, z. B. die Zulässigkeit des Glaubenseides nach gemeinem Rechte rücksichtlich der Handlungen des Erblassers [12]). Allein wenngleich das longobardische Lehnrecht im Allgemeinen als Gesetz recipirt worden ist, so bezog sich diese Reception doch niemals auf diejenigen Bestimmungen, welche darin für processualisches Verfahren vorkommen, sollte sogar der Gegenstand des einzelnen Rechtsstreits auch Lehnssachen betreffen. Daß sie dagegen ein Hülfsmittel für die Geschichte der ältern Proceßbehandlung abgeben, ist nicht zu leugnen. — Endlich aber kann C) die Uebereinstimmung mehrer Landesproceßordnungen über ein processualisches Princip dieses zum gemeinrechtlich gültigen nicht erheben, und D) das Naturrecht nicht als Quelle eines so rein positiven Institutes, wie der Civilproceß ist,

---

12) Comp., §. 224, Note p. Pätz, Lehrb. des Lehnrechts, §. 17, Note m.

angesehen werden, sobald man nur das Princip der Natur der Sache, welches aus allgemeinen gesetzlichen Vorschriften richtige und zweckmäßige Folgerungen zieht, nicht damit verwechselt.

§. 5.

V. Von den Hülfsmitteln für das Studium der Civilproceßtheorie.

I. Zu einer gehörigen Benutzung der gültigen Quellen und richtigen Auffassung einer aus den Quellen nachgewiesenen Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses sind mancherlei Hülfsmittel zu gebrauchen, welche theils gemeinschaftliche für diese Theorie und die übrigen Theile der Rechtswissenschaft, theils eigenthümliche derselben sind. Zu den erstern mag man die Kenntniß der Sprache der einheimischen sowol als der recipirten Quellen zählen, indem ohne diese viele Ausdrücke der ältern deutschen Gesetze, wie z. B. Ehehaften und Ehehalten, unverständlich bleiben würden, dann aber die Kenntniß sowol der römischen als der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, als der Geschichte des Kanonischen Rechts und der päpstlichen Hierarchie, endlich die Kenntniß der Philosophie und von dieser namentlich der Logik, Metaphysik und Mathematik. Einer genauern Betrachtung bedürfen dagegen die eigenthümlichen Hülfsmittel der Civilproceßtheorie, zu denen nicht nur gewisse Theile der Rechtswissenschaft selbst zu zählen sind, indem ohne Kenntniß dieser, wie namentlich des Privatrechts, des allgemeinen, sowie des deutschen Reichs- und auch des Bundes-Staatsrechts, das Studium der Civilproceßtheorie zweckmäßig nicht unternommen werden kann, sondern auch die Kenntniß der Verfassung und des Verfahrens des ehemaligen Reichskammergerichts, weil ohne diese die Normen für dieses höchste Reichsgericht kaum richtig durchschaut werden können, endlich aber die Geschichte der Cultur des deutschen Civilprocesses, welche sowol in Beziehung auf die Gesetzgebung, als in Ansehung der literarischen Thätigkeit in diesem Fache und endlich in Ansehung der modificirten Formen des Verfahrens von besonderm Nutzen ist. Von der letztern mag in Ermangelung

einer bereits vorhandenen ausführlichen Darstellung derselben folgende Skizze einer solchen eingeschaltet werden.

II. Die Geschichte der Cultur des deutschen gemeinen Civilprocesses zerfällt für die Zeit seiner wirklichen Existenz, also von den ältesten Zeiten bis zur Auflösung des deutschen Reichs 1806, zweckmäßig in fünf Perioden. Die erste dieser Perioden von den ältesten Zeiten beginnend, geht bis 1495, bis zur Errichtung des Reichskammergerichts und zum Erlaß einer Proceßordnung für dasselbe; die zweite von da bis zum Erscheinen des jüngsten Reichsabschieds, von 1495—1653; die dritte von da bis zu der Zeit, wo man anfing den gemeinen deutschen Proceß vom kursächsischen wieder zu trennen, also von 1654—1706; die vierte von dem Zurückdrängen des Einflusses des kursächsischen Processes bis zu der Zeit, wo in den einzelnen Territorien durchgreifende Veränderungen in diesem Theile der Gesetzgebung erfolgten, also von 1707—1799; die fünfte und letzte von dem Erscheinen von Lehrbüchern, welche den Umfang der Civilproceßtheorie richtiger als zuvor begrenzten, bis zur Auflösung des deutschen Reichs, von 1800—1806.

III. Die erste Periode von den ältesten Zeiten bis 1495 zur Errichtung des Reichskammergerichts wird charakterisirt durch den Einfluß ausländischer, namentlich italienischer Proceßvorschriften und Schriftsteller, durch den Mangel an Thätigkeit der inländischen Gesetzgebung in dieser Richtung und das Wenige und Unbedeutende, was die einheimischen Schriftsteller darin leisteten. Während der angegebenen Zeit gab es keine Reichsproceßordnung für Civilsachen; denn das Wenige, was in den Capitularien der fränkischen Kaiser davon enthalten ist, hat nur kurze Zeit Gesetzeskraft genossen. Die einzige einheimische Quelle dieser Zeit sind die mehr oder weniger ausgebreiteten Gewohnheiten und Gerichtsgebräuche, welche in Privatsammlungen zusammengetragen wurden, namentlich in den Richtsteigen des Land- und Lehnrechts [1]). Erst gegen Ende dieser Periode erscheinen einige Landes- und besonders Stadtgesetze über Proceß, z. B. in Baiern 1346, in Frankfurt a. M. 1376, in denen aber Vieles aus dem

1) Eichhorn, Reichs- und Rechtsgeschichte, II, 238.

Römischen Recht oder italienischen neuern Gesetzen und Gebräuchen entlehnt ist. Vorherrschend war in dieser Zeit der Einfluß fremder Proceßgesetze, insbesondere der italienischen, weil theils diese Gesetze und Gerichtsverfassungen in Deutschland nachgeahmt wurden, was namentlich bezüglich des päpstlichen Gerichtshofs zu Rom, der rota romana, der Fall war, theils die Rechtsgelehrten der damaligen Zeit ihre Bildung auf italienischen Universitäten erhielten. Es ist daher die Kenntniß dieser Gesetze und Gerichtsgebräuche für diese Zeit von erheblichem Nutzen und es verdienen die Schriftsteller, die in jener Zeit in Italien besonderes Ansehen erlangt haben, noch jetzt Aufmerksamkeit. Unter ihnen sind vorzüglich Robertus Anglicanus, Pillius, Tancredus[2]), als der bekannteste aber der französische Bischof Guil. Durantus († 1296), welcher von seinem Werke, dem speculum aureum iuris[3]), worin das ganze Civilproceßverfahren neben dem Criminalproceß und der Behandlung unbestrittener Rechtsgeschäfte enthalten ist, den Namen Speculator erhalten hat, zu erwähnen. In Deutschland dagegen und in deutscher Sprache gab es nur Formelschreiber, vorzüglich über einzelne Theile des gerichtlichen Verfahrens, wie z. B. Sebastian Brand in seinem Klagenspiegel. Nur der Ordinarius der Juristenfacultät in Leipzig, Johann von Auerbach, damals Urbach genannt († nach 1470), hat eine Art von System des Processes in lateinischer Sprache, wahrscheinlich sein Collegienheft, geschrieben, welches nach seinem Tode von dem Professor ab Eberhausen in Leipzig herausgegeben, zuerst aber 1489 gedruckt worden ist. Besondere Vorlesungen über den Civilproceß sind in dieser Periode auf den Universitäten schwerlich gehalten worden, man hat sich vielmehr, soweit nicht vielleicht der genannte Auerbach eine Ausnahme davon gemacht hat, damit

2) Er schrieb de iudiciis und starb 1240. Sein Werk ist 1842 von neuem herausgegeben: Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine, ed. Bergmann (Göttingen 1842).

3) Zuerst 1271 erschienen, ist dieses Werk wiederholt aufgelegt und namentlich von Joannes Andreae († 1348 als Professor in Bologna) mit Noten versehen herausgegeben worden. Die beste Ausgabe ist: D. G. Durantis Episc. Mimatenis speculum iuris, cum Jo. Andreae, Baldi reliq. clar. J. U. D. visionibus hactenus addi solitis (Frankfurt 1592). C. v. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter, III, 26, 586 fg.

begnügt, die Titel der Pandekten und des Codex, welche processualische Vorschriften enthalten, exegetisch und dogmatisch zu commentiren und die Eigenthümlichkeiten des deutschen Verfahrens höchstens als usus modernus anhangsweise bemerklich gemacht. — Das Gerichtsverfahren war ohne Einschränkung mündlich und öffentlich, sodaß man höchstens das Resultat des ganzen Rechtsstreits in eine gerichtliche Urkunde zusammenfaßte, in einen sogenannten Abschied.

IV. Für die zweite Periode, von 1495—1653, welche mit der festen Errichtung des Reichskammergerichts und dem Erlaß einer Proceßordnung für dasselbe beginnt, vor dem Erscheinen des jüngsten Reichsabschieds aber schließt, ist die im Anfange größere Thätigkeit der Gesetzgebung des Reiches und einzelner deutscher Länder, das Eintreten des schriftlichen Verfahrens, welches jedoch durch das Verfahren in Artikeln sehr verworren wurde, charakteristisch. — Dadurch, daß Kaiser Maximilian I. dem von ihm 1495 errichteten Reichskammergerichte eine eigene Proceßordnung, die zwar immer noch auf päpstlichen und italienischen Einrichtungen beruht, gab, erhielt Deutschland zwar noch keine Reichsproceßordnung, indem die genannte in den einzelnen Territorien keine Gesetzeskraft genoß, wol aber ein Vorbild, dessen Einfluß überall sichtbar ist. Es folgten dieser ersten Kammergerichtsordnung ähnliche Gesetze[4]) in den einzelnen Territorien, so in Mainz, Trier und namentlich gegen das Ende der Periode 1622 in Kursachsen die sogenannte alte kursächsische Proceßordnung. Veranlaßt durch diese Thätigkeit der einheimischen Gesetzgebung traten dann auch Schriftsteller in Deutschland während dieser Periode auf, die der Behandlung dieses neuen Zweiges der Wissenschaft sich widmeten, so namentlich die Kammergerichtsassessoren Andreas Gail († 1587), dessen Werke durch Citate kammergerichtlicher Entscheidungen besonderes Ansehen bei den Praktikern genossen, Johannes Meychßner († 1597), als Lehrer auf den Universitäten aber Vultejus in Marburg († 1634), Besoldus in Tübingen († 1638), Fibigius in Jena, wiewol von einer veränderten Einrichtung der Vorlesungen über Proceß mit Sicherheit noch nichts erhellt. Dagegen fehlte

4) Alle diese Proceßordnungen der Kur- und kleinern Fürstenthümer sind von Abraham Sauer 1589 gesammelt und herausgegeben worden.

es auch nicht an Praktikern, welche um diese Zeit den Civilproceß bearbeiteten. Sie ließen ihre Bearbeitungen des damaligen Verfahrens unter dem Namen eines Laienspiegels drucken, so Ulrich Tengler 1509, Justin Gobler († 1567), Andreas Perneder u. A. — Die Art des gerichtlichen Verfahrens hat sich in dieser Periode nun schon mehr zur Schriftlichkeit geneigt, da das Kanonische Recht[5]) die vollständige Actenführung erfordert und in der Appellationsinstanz bei dem Reichskammergerichte die Einsendung der Voracten verlangt wurde. Auf diese Weise bildete sich damals das, was man in Sachsen ein „Verfahren vom Munde in die Feder" nannte, indem alle Parteivorträge zwar mündlich gehalten, allein gleichsam in die Feder des Gerichtsschreibers dictirt und von diesem niedergeschrieben wurden. Später übergaben die Parteien die Schriften in Artikeln verabfaßt, so als ob die Verhandlung mündlich stattgefunden hätte. Die einzelnen Artikel oder Behauptungssätze begannen mit den Worten: „Sage wahr", worauf dann der Gegner bestimmt antworten mußte. Nur im summarischen Processe war man von dieser beengenden Form befreit.

V. Die dritte Periode, welche von 1654—1706 geht, nimmt ihren Anfang mit dem jüngsten Reichsabschied und endet mit der Zeit, wo man wieder anfing den gemeinrechtlich deutschen Proceß von dem zu überwiegender Geltung gekommenen kursächsischen zu trennen; charakterisirt wird dieselbe durch das erste Erscheinen eines Reichsgesetzes über den Proceß, größere Justizeinheit, aber auch entschiedenes Ueberwiegen des sächsischen Processes. In dem jüngsten Reichsabschied ist die erste Quelle des Reichsprocesses dadurch gegeben, daß er auf das kammergerichtliche Verfahren, als auf ein für das ganze Reich geltendes, hinweist; zugleich aber sind in diesem Reichsgesetze sehr durchgreifende Verbesserungen des Civilverfahrens angeordnet, namentlich ist das Verfahren in Artikeln verboten worden. Es bildet daher dieses Gesetz einen wichtigen Abschnitt in der Culturgeschichte der gemeinrechtlichen Proceßtheorie. Da nun aber in den jüngsten Reichstagsabschied

---

5) Cap. 11, X, de probat. G. L. Boehmer, in praefat. zu J. H. Boehmer, Exercit. ad Pand., tom. 2, IV. Cf. Leyser, Meditat. ad. Pand. spec. 36, m. 1.

mehre in der alten kursächsischen Proceßordnung enthaltene Verbesserungen aufgenommen und somit zum Reichsgesetz erhoben worden waren, so gab dies wol zumeist die Veranlassung, daß der sächsische Proceß in ganz Deutschland überwiegende Geltung erhielt und die alte sächsische Proceßordnung wie eine Quelle des gemeinrechtlichen Processes betrachtet und auch citirt wurde. Viel trugen zu dieser Verwechselung auch die Schriftsteller bei, indem die bedeutendsten wie Samuel Stryk († 1715), Benedict Carpzov († 1666), Johann Brunnemann († 1672), unbekümmert um den Inhalt des Reichskammergerichtsprocesses, nur den Inhalt der alten kursächsischen und einiger daraus hervorgegangenen Landesproceßordnungen erörterten. Auf den Universitäten begann man bereits in dieser Periode abgesonderte Vorlesungen über Proceß, zu halten, so in Kiel schon 1678[6]). Besonders aber wirkte Samuel Stryk durch seine akademische Thätigkeit und seine praktischen Vorlesungen (1697) für Ausbildung der Proceßtheorie. Die Form des Verfahrens in dieser Periode wurde durchaus schriftlich, mit Vermeidung jedoch der articulirten Vorträge, wodurch zugleich die Oeffentlichkeit begreiflicherweise völlig ausgeschlossen wurde.

VI. Die vierte Periode, von 1707—1799, beginnt mit dem Zurückdrängen des Einflusses des Territorialprocesses und der Trennung des Reichsprocesses, und geht bis dahin, wo in den einzelnen Territorien eine durchgreifende Veränderung in diesem Theile der Gesetzgebung erfolgte, deshalb aber auch der gemeine Proceß gänzlich von dem der einzelnen Territorien geschieden wurde. Sie ist charakterisirt durch das Zurückdrängen des sächsischen Processes, Absonderung des gemeinen deutschen Processes von dem Landesprocesse und durch eine mehr formelmäßige Behandlung des Ganzen. Das meiste Verdienst um die Trennung des gemeinen deutschen Processes von dem sächsischen Territorialproceß durch Anwendung der Analogie des Reichskammergerichtsprocesses hat Jakob Friedrich Ludovici, Professor zu Halle († 1723), dem dann Johann Georg Estor zu Jena und Marburg († 1773), Justus Claproth († 1805) und Andere gefolgt sind. Auch findet sich in dieser Zeit schon ein Versuch der histo-

6) Falk, Jurist. Encyklopädie, Aufl. 3, S. 260, Note 61.

tischen Behandlung des gemeinen Processes in J. H. Böhmer, Theil 1 des jus ecclesiasticum Protestantium. Vom deutschen Reiche wurden in dieser Periode Gesetze für das Proceßverfahren nicht erlassen, während dagegen gerade in dieser Richtung die Landesgesetzgebung sehr thätig war. Unter diesen sind besonders zu erwähnen: die erläuterte kursächsische Proceßordnung von 1724, welche in den Ländern sächsischer Linie, Gotha, Altenburg, Weimar zu neuen dergleichen Gesetzen die Grundlage abgab, und die Vorbereitungen zu einer neuen Proceßgesetzgebung im preußischen Staate, welche nach einer Revision der zuerst 1781 erschienenen Gerichtsordnung im Jahre 1793 die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten veranlaßten[7]). Hierdurch wurde eine mehr philosophisch-politische Bearbeitung der Proceßtheorie herbeigeführt, welcher nun auch von den praktischen Vorträgen abgesonderte Vorlesungen[8]) auf den Universitäten gewidmet wurden. — Das gerichtliche Verfahren war in dieser Periode ein ausschließlich schriftliches und nichtöffentliches, d. h. es durfte an den Verhandlungen Niemand Theil nehmen, der nicht zu den Parteien oder zum Gericht gehörte. Durch die preußische Gerichtsordnung aber wurde ein neues Grundprincip für den Civilproceß aufgestellt, welches man bis dahin als demselben ganz fremd betrachtet hatte, das sogenannte Instructions- oder Inquisitionsprincip und dadurch besonders die Stellung des Richters verändert, dessen Thätigkeit aber bedeutend erweitert.

VII. Die fünfte und letzte Periode der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie nimmt deshalb mit 1800 ihren Anfang, weil in diesem Jahre zwei Lehrbücher erschienen[9]), welche den Umfang

---

7) Nach Grävell, Prakt. Commentar zur allgem. Gerichtsordnung für die preuß. Staaten, B. I, S. 13, ist diese 1781 als Gesetz unter dem Titel: „Corpus iuris Friedericianum, erstes Buch von der Proceßordnung", erschienen. Die allgemeine Gerichtsordnung von 1793 ist daher schon eine revidirte Ausgabe davon.

8) Kemmerich, De arctissimo iuris publici privatique nexu dissert. (Jena 1730), kündigt ein Collegium über Civilproceß an, wobei er seine sonst nicht genannte introductio in processum allegirt.

9) von Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten (Gießen 1800). Christoph Martin, Lehrbuch des deutschen gem. bürgerl. Processes (Göttingen 1800).

des Civilprocesses richtiger als zuvor begrenzten und den Criminalproceß ganz davon trennten. Sie schließt 1806 mit der Auflösung des deutschen Reichs, da nach dieser nur von einer Territorial-Proceßtheorie die Rede sein kann. Charakterisirt ist diese Periode durch eine mehr philosophische Behandlung der Proceßtheorie. — Angeregt durch die neue Gesetzgebung und den Vorgang der Schriftsteller der vorigen Periode wendeten sich die Schriftsteller immer mehr einer philosophischen, nicht blos historisch politischen Behandlung der Proceßtheorie zu, wie dies namentlich von Eggers, Gönner, Grolmann, von Almendingen thaten. In Ansehung der Lehrmethode auf den Universitäten traten weitere Veränderungen nicht ein. — In den einzelnen Staaten ließ man aber das Beispiel der preußischen Gerichtsordnung nicht unbefolgt vorübergehen. Es wurde namentlich in Kursachsen 1803 der Entwurf einer neuen Proceßordnung veröffentlicht und zur allgemeinen Kritik derselben aufgefordert. Gesetzeskraft erlangte derselbe jedoch nie. Wichtiger war dagegen die Einführung der französischen Civilproceßgesetzgebung in mehren Territorien auf dem linken Rheinufer bald nach dem Frieden von Lüneville, da dieselbe auch jetzt noch in diesen Staaten Geltung behalten hat. Das deutsche gemeine Civilproceßverfahren erlitt in dieser Periode auf legislativem Wege keinerlei Abänderung. Es ist aber nicht unerwähnt zu lassen, daß nunmehr in Deutschland drei abweichende Arten der Behandlung des Civilprocesses in den verschiedenen Territorien zur Anwendung kamen, einmal das auf das Verhandlungsprincip gestützte schriftliche, dann das auf das Instructions- oder Inquisitionsverfahren basirte ebenfalls schriftliche Verfahren und endlich das mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit verbundene Verfahren nach Maßgabe des code de procedure civil.

VIII. Es ist nun nur noch als **Anhang** zu bemerken, daß seit der Auflösung des deutschen Reichs in den einzelnen Territorien verschiedene Versuche gemacht worden sind neue wesentliche Aenderungen des Verfahrens einzuführen. In einigen Staaten wurde das französische Verfahren angenommen[10]), blieb jedoch

10) So 1806 für das Königreich Westfalen; 1811 für Oldenburg, Bremen, Hamburg; 1813 für Frankfurt, das damalige Großherzogthum Frankfurt.

auf dem rechten Rheinufer nur bis zu Napoleon's Sturz in Geltung, in andern[11]) hat man theils für einzelne Arten von Processen ein neues Verfahren eingeführt, theils neue Civilproceßordnungen gemacht, theils deren projectirt, die Einführung als Gesetz jedoch noch immer beanstandet, theils endlich nur einzelne Verbesserungen des frühern Verfahrens, die vornehmlich auf dessen Abkürzung hinzielen, gesetzlich angeordnet. Ueberall war aber darüber Streit, ob man die alte Verhandlungsmaxime beibehalten, oder die Inquisitionsmaxime substituiren solle; ob das schriftliche nicht öffentliche Verfahren, oder ein mündlich öffentliches den Vorzug verdiene. Die Literatur der Civilproceßtheorie ist aber seit jener Zeit eine so reiche geworden, daß es hier nicht der Platz sein kann, diejenigen Männer zu nennen, welche alle um die Entwickelung und Ausbildung derselben ihre entschiedenen Verdienste haben: es muß dies vielmehr einer Literaturgeschichte vorbehalten bleiben. — In der Behandlung der Civilproceßtheorie aber, welche nunmehr zu einem beständigen juristischen Collegio auf den Universitäten gediehen ist, haben sich zwei neuere Methoden des Vortrags ausgebildet: die vergleichende, welche vorzüglich Mittermaier eingeführt hat, und wobei die schon angeführten drei Arten des Verfahrens, die gemeinrechtliche, die preußische und die französische neben einander gestellt werden; sodann aber die rein historische, um welche sich Bethmann-Hollweg die meisten Verdienste erworben hat.

§. 6.

Plan der folgenden Entwickelung.

Jeder einzelne, vor Gericht verhandelte Civilproceß bildet eine Reihe von Handlungen oder Schritten, welche durch einen letzten Gesammtzweck zu einem Ganzen vereinigt werden. Das Wesentliche davon sind aber die Rechte und Pflichten, welche mit diesen Handlungen oder deren Unterlassung verknüpft sind, und darum läßt sich eine Theorie von dem Allen unter den mannich-

11) Z. B. in Oldenburg, Bremen, Hannover, Würtemberg, Sachsen-Weimar.

faltigsten Wendungen des einzelnen Falles nicht nur auffinden, sondern auch systematisch darstellen. Um aber eine gehörige Ordnung in diese Darstellung zu bringen, sind drei Hauptgegenstände der Erörterung einzeln zu betrachten. Das Object, das Subject und die Handlung selbst. Denn von dem Gegenstande, womit es jeder Rechtsstreit und folglich eine umfassende Theorie aller zu thun haben kann, hängt die Begrenzung der ganzen Behandlungsart ab, welche ein Rechtsstreit genannt zu werden pflegt. Ebenso unerläßlich ist es dann aber von jeder Gattung der Personen ausführlich zu handeln, welche entweder als theilnehmend an einem Rechtsstreit gedacht werden können, oder dabei wol gar unentbehrlich erscheinen. Denn da die Rechte und Pflichten, welche diesen verschiedenen Personen in Bezug auf ihre Theilnahme an dem einzelnen Rechtsstreite zustehen bezüglich obliegen, sehr mannichfaltiger Art sind, gleichwol die Grundlage des Handelns dieser Personen bilden, oder doch die Folgen der Unterlassung bestimmen müssen, so ist es unerläßlich von jeder solchen Gattung von Personen ausführlich zu handeln, ehe man sich zum dritten Hauptgegenstande der Civilproceßtheorie wenden kann, zu der Reihe von Handlungen und Unterlassungen, aus denen die eigentliche Führung eines Rechtsstreits besteht. Dieser Ansicht gemäß zerfällt daher die nachstehende Darstellung in drei Hauptabschnitte. Allein es fehlt nicht an manchen gemeinschaftlichen oder höchsten Rechtsgrundsätzen, deren Einfluß auf alle Hauptabschnitte nicht zu verkennen ist, und deren Zusammenstellung daher jenen drei einzelnen Abschnitten vorangehen muß, indem man sie als präjudiciell dafür zu betrachten hat. Mit diesen höchsten Grundsätzen der Civilproceßtheorie, welche man auch wol deren Metaphysik[1]) genannt hat, wird sich deshalb das erste Capitel der nachfolgenden Darstellung ausschließend beschäftigen, und dann erst soll im zweiten Capitel die Darstellung der genannten drei Hauptabschnitte folgen.

---

1) v. Almendingen, Metaphysik des Civilprocesses (Gießen 1808). von Gaisberg, Vorkenntniß zur Theorie des bürgerl. Processes (1820). J. Schiestl, Theorie alles Civilprocesses u. s. w. (Sulzbach 1817). S. auch Schaffrath, Grund- und Fundamentalwissenschaft des Civilprocesses (Leipzig 1839).

Erstes Capitel.

Darstellung der allgemeinsten Grundsätze der deutschen gemeinrechtlichen Civilproceßtheorie.

§. 7.

Einleitung.

Daß der Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits mit wenigen Ausnahmen privatrechtlicher Natur ist, weil er nur das Mein und Dein der streitenden Theile betreffen kann, und daß diese, wenn sie überhaupt freies Dispositionsrecht über das Ihrige haben, auch berechtigt sind, mit dem Objecte eines Rechtsstreits nach ihrem Gefallen zu verfahren, ist unverkennbar. Daher ist insoweit nicht nur Gewinn oder Verlust eines Rechtsstreits lediglich Privatsache, sondern es muß in dieser Beziehung selbst der Gebrauch der Mittel, welche um zum Gegenstande des Rechtsstreits zu gelangen anwendbar, in ihrem Erfolge aber mehr oder weniger sicher, schnell und kostspielig sind, der freien Wahl des Eigenthümers am Gegenstande des Rechtsstreits überlassen bleiben, z. B. die Wahl zwischen schiedsrichterlicher und gerichtlicher Verhandlung, zwischen den verschiedenen Beweismitteln u. dgl. m. Abgesehen hiervon aber ist es ebenso unzweifelhaft, daß, sobald ein Rechtsstreit vor Gericht anhängig geworden ist — und dieses wird bei der im Nachstehenden zu behandelnden Theorie nothwendig vorausgesetzt —, dabei zugleich Befugnisse und Pflichten in Frage kommen, welche zu dem reinen Privatrechte nicht gezählt werden können, sondern in das öffentliche Recht hinübergreifen. Zunächst ist dies rücksichtlich der Befugnisse und Pflichten derjenigen Personen der Fall, welche im Namen des Staats die demselben zustehende Justizhoheit verwalten, der Gerichte, indem nicht nur

die Voraussetzungen bei den einzelnen Mitgliedern derselben, rücksichtlich ihrer Befähigung und Kenntnisse so geordnet sind, sondern auch die Zahl der Gerichte und der Umfang der Thätigkeit der einzelnen im Voraus so berechnet ist, daß allen Denjenigen, welche die Staatshülfe in Anspruch nehmen, diese genügend und dem allgemeinen Wohle entsprechend gewährt werden könne. Nicht weniger gilt dies aber von den processualischen Befugnissen und Pflichten der streitenden Parteien sowie ihrer Stellvertreter und Assistenten, welche ein Ausfluß ihres Verhältnisses zu demjenigen Gerichte sind, dessen Hülfe im einzelnen Falle angerufen ist. Denn dieses Verhältniß ist ebenfalls ein öffentliches, vom Staate um des allgemeinen Besten willen unter der Voraussetzung geordnet, daß alle streitenden Theile dem von ihnen angerufenen Gerichte entweder schon an sich unterworfen sind, oder wenigstens durch die Führung des Rechtsstreits bei demselben sich ihm freiwillig, wenn auch nur stillschweigend, unterworfen haben. Es theilen sich daher die processualischen Befugnisse und Pflichten in die doppelte Classe der rein privatrechtlichen und der zum öffentlichen Rechte gehörigen, denen man allenfalls eine dritte durch Mischung beider Gattungen entstehende hinzufügen kann. Es äußert sich dies aber nicht nur insofern, als bei einigen Gegenständen eines bürgerlichen Rechtsstreits die freie Verfügung der Betheiligten nicht zulässig ist, vielmehr derselben aus Gründen des öffentlichen Wohles gewisse Schranken gesetzt sind, wie z. B. nach Römischem Recht bei der streitig gewordenen Personenfreiheit im Gegensatze der Sklaverei [1]) und heutigen Tags vorzüglich bei Ehestreitigkeiten; sondern namentlich in Ansehung der Proceßhandlungen oder Schritte und deren Unterlassungen. Denn in dieser Beziehung hat der Staat nicht nur überhaupt ein wenigstens mittelbares Interesse bei einer prompten und gründlichen Rechtspflege, von welcher der Credit und die Wohlfahrt seiner Glieder unvermeidlich abhängt, sondern in manchen Beziehungen auch ein unmittelbares, allgemeines Interesse bei gehöriger Rechtspflege, weil entweder die öffentliche Ruhe, wie bei manchen Besitzstreitigkeiten, durch Verzögerung der Justiz gefährdet wird oder weil das Ansehen der Gerichte und somit die Würde des

1) L. 24, 39, C. de liberali causa (VII, 16).

Staates selbst darunter leidet, wenn z. B. hartnäckiger Ungehorsam nicht erfolglos gemacht und gebührend geahndet wird. Rechtfertigt sich also schon zum Voraus die erwähnte Eintheilung der Proceßbefugnisse und Pflichten, so müssen auch die gesetzlichen Vorschriften, auf welchen die Theorie jener beruht, in zwei Hauptabtheilungen zerfallen, in eigentlich aus dem öffentlichen Rechte hervorgehende und in dem Proceßrechte eigenthümlich angehörige Principien, welche letztere größtentheils eine Mischung der privatrechtlichen und öffentlich rechtlichen Bestimmungen enthalten. Die erste Gattung dieser Vorschriften ist der Gegenstand der §§. 8—10, die letzte der §§. 11—18.

§. 8.

I. Staatsrechtliche Grundsätze.

a) Verbot der Selbsthülfe.

I. Wird Jemand in der Ausübung seiner Befugnisse gestört, oder wol gar gehindert, und will solches nicht nachsichtsvoll hingehen lassen, kann sich aber auch mit seinem Gegner über eine Ausgleichung auf gütlichem Wege oder durch schiedsrichterliche Entscheidung nicht vereinigen, so nennen die deutschen Reichsgesetze und die Schriftsteller des Civilprocesses [1]) besonders aus der ältern Zeit eine doppelte Art, wie man das gestörte Recht verfolgen und geltend machen könne, die eine: via facti, d. h. die Selbsthülfe, deren der Gekränkte sich bedient, die andere: via juris, wenn der Verletzte sich an die Gerichte des Staats wendet und deren Hülfe anruft. Unter Selbsthülfe — der via facti — wird die Anwendung der Privatgewalt verstanden, welche von Seiten eines vermeintlich Berechtigten wider Denjenigen, der ihn im Genusse oder in der Ausübung seines behaupteten Rechts verhindert oder stört, zu dem Zwecke unternommen wird, um dadurch das gestörte Recht geltend zu machen. Sie ist nur eine Unterart der Eigenmacht, welche letztere nicht wesentlich voraussetzt, daß ein gekränktes Recht dazu die Veranlassung gegeben

---

1) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 9, §. 3 a. E. Pütter, Nova epitome process. imper., ed. 4, §. 152.

habe, und eben deshalb auch ohne einen bestimmten Gegner, gegen den die Gewalt ausgeübt würde, gedacht werden kann. So kann z. B. bei Besitzungen, welche durch den Tod des bisherigen Inhabers erledigt sind, wol eine eigenmächtige Besitzergreifung durch Erbprätendenten erfolgen, welche noch nicht wissen, ob Jemand und wer ihnen diese Succession bestreite, auch in der Ergreifung eines solchen Besitzes nicht einmal gehindert werden. Deshalb steht im Allgemeinen auch kein Bedenken entgegen, eine solche Eigenmacht von Seiten des Staats zu gestatten. Sobald sich aber Jemand der Eigenmacht widersetzt, oder ihr widerspricht und gegen diesen dann Privatgewalt angewendet wird, weil Derjenige, welcher entweder selbst oder durch Andere die Gewalt ausübt, ein Recht zu haben behauptet, sich so zu betragen, wie es sein Gegner bestreitet oder verhindert, dann wird aus dieser Eigenmacht die eigentliche Selbsthülfe. Sie setzt also, im Gegensatze zu den auch mit Eigenmacht vollzogenen Angriffen von Räubern und Dieben, auf Seiten Dessen, der sich ihrer bedient, die Behauptung wesentlich voraus, daß er ein Recht habe, so wie er gehandelt hat zu handeln, und daß er nur in Ausübung dieses Rechts von seinem Gegner gehindert oder verletzt werde [2]). Für den Begriff der Selbsthülfe ist es dabei gleichgültig, ob diese Meinung oder Behauptung gegründet ist oder nicht. Worin weiter aber die anzuwendende Gewalt zu bestehen habe, ist nicht mit bestimmten Worten in den Quellen gesagt, vielmehr enthalten diese scheinbare Widersprüche über diesen Begriff. Denn in L. 7 D. ad legem Juliam de vi privata (XLVIII, 7) wird nur so viel bestimmt verneint, daß die Verwundung einer Person zum Begriff der Gewalt nicht erfordert werde, wogegen der positive Zusatz: Gewalt sei dann vorhanden quoties quis id, quod sibi deberi putat, non per judicem reposcit, viel zu allgemein gefaßt ist, um ohne Einschränkung verstanden werden zu können. Schon aus den unmittelbar darauf folgenden Worten der Stelle und der dort gegebenen Anwendung auf den einzelnen Fall, noch mehr aber aus den Bestimmungen des deutschen Rechts ergibt sich, daß dieser Begriff zu allgemein sei.

---

2) v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, Aufl. 10, §. 186. Rheinisches Museum, Bd. 3, Abh. 3.

In Artikel 214 der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. heißt es nämlich, wer eine ihm geraubte oder gestohlene Sache „mit gutem und unbenötter Ding" wieder in Besitz nehme, sei weder strafbar, noch zu einer Entschädigung verpflichtet. Nicht jedes Unterlassen der Anrufung richterlicher Hülfe ist daher als unerlaubt und als Gewalt zu betrachten, vielmehr ist zur Bestimmung des Begriffs der Gewalt die Erklärung in L. 1, §. 5, D. quod vi aut clam (XLIII, 24), wo es heißt: vi factum videri .... si quis contra, quam prohiberetur, fecerit, zu Hülfe zu nehmen. Das durchgreifende Kennzeichen der gewaltthätigen Handlung würde daher darin bestehen, daß von Seiten Desjenigen, gegen den die Selbsthülfe angewendet wurde, Widerspruch dagegen eingelegt worden sei, indem das prohibere, dessen die Stelle gedenkt, nicht blos eine thätliche Abhaltung, sondern auch einen blos wörtlichen Widerspruch bezeichnet, wie der folgende §. derselben Stelle ergibt [3]). Gleichgültig bleibt es dann aber, ob die Gewalt gegen die Sachen oder die Person des Gegners, ob sie körperlich oder lediglich durch Drohen, Abwehren, Angreifen ausgeübt wird; ob der behauptetermaßen Berechtigte selbst, oder durch Andere, allein oder verbunden mit Andern, dieselbe anwendet.

II. Eine durch die angegebenen Merkmale charakterisirte Selbsthülfe ist nun nicht allein im Römischen Recht regelmäßig für verboten erklärt, sondern dieses Verbot auch durch die deutschen Reichsgesetze ausdrücklich wiederholt worden, indem es im Land-

3) L. 1, §. 5, 6, D. quod vi aut clam (XLIII, 24). Vi factum Q. Mucius scripsit, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit et mihi videtur plena esse Q. Mucii definitio. Sed et si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus facere, perseveraverit facere, hunc quoque vi fecisse videri, Paedius etc. scribunt, eoque iure utimur. L. 13 D. quod metus causa (IV, 2). Seuffert, Archiv, V, 248. Auf diese Weise wird auch der scheinbare Widerspruch zwischen L. 3 C. de pignorib. (VIII, 14) u. L. 11 C. de pignoratit. actione (IV, 24) beseitigt, von denen die letztere das sogenannte pactum de ingrediendo für zulässig und gültig erklärt, die erstere dem Gläubiger untersagt, dasselbe ohne richterliche Hülfe zu vollziehen, so oft nämlich ein Widerspruch von Seiten des Contrahenten erhoben wird. Thibaut, Pandektenrecht, §. 665. Zur strafbaren Selbsthülfe gehört auch die durch Retention ausgeübte. L. 34 C. de loc. et cond. (IV, 65). L. 10 C. unde vi (VIII, 4).

frieden von 1495, §. 1 [4]) heißt: „Wer zu dem andern zu sprechen vermeint, der soll solches suchen und thun, an den Enden und Gerichten, da die Sach hievor, oder jetzt in der Ordnung des Cammergerichts zu Austrag vertädingt sein, oder künftiglich würden oder ordentlich hingehören." Das Römische Recht enthielt aber noch die besondere Bestimmung, daß der Berechtigte, welcher gesetzwidrig Selbsthülfe ausübe, dadurch von selbst seines auf solche Weise verfolgten Anspruches verlustig gehe, wie dies im edictum Divi Marci allgemein angeordnet ist [5]). Die Meinungen darüber, ob diese Privatstrafe noch jetzt Geltung habe, namentlich neben der außerdem geordneten peinlichen Anklage wegen des Verbrechens der Gewaltthat, ist unter den ältern und neuern Schriftstellern sehr bestritten [6]) und selbst die gerichtliche Praxis ist in dieser Beziehung schwankend. Die neuern Strafgesetzbücher zählen die Selbsthülfe unter mehr oder minder bestimmt angegebenen Voraussetzungen zu den öffentlichen Verbrechen, lassen es aber leider häufig unentschieden, ob die Privatstrafen des Römischen Rechts aufgehoben sein sollen, was sich doch keineswegs von selbst versteht.

III. Indessen erkennen die Gesetze von dieser Regel eine Reihe von Ausnahmen an, die im Ganzen genommen sich darauf zurückführen lassen, daß eine zeitige, genügende Hülfe des Staats, um das verletzte Recht zu realisiren, im einzelnen Falle nicht zu erlangen war [7]), weshalb dann der wahrhaft Berechtigte

4) Sammlung der Reichsabschiede, I, 4. Der Landfriede Karl's V. von 1548, §. 2, wiederholt dieses Verbot ausdrücklich.

5) L. 176 pr. D. de reg. jur. (L, 17). L. 13 D. quod met. causa (IV, 2). L. 7, 8, D. ad leg. Jul. de vi privata (XLVIII, 7). L. 9 C. de O. et A., (IV, 10). L. 6, §. 2, D. de re judic. (XLII, 1). L. 9 C. soluto matrim. (V, 18). Nov. 60, cap. 1; Nov. 115, cap. 5, §. 1.

6) Für die jetzige Anwendbarkeit spricht, daß sie im Kanonischen Recht und den Reichsgesetzen wiederholt sind, cap. 18, de praebend., in VIto (III, 4); cap. 42, X. de appell. (II, 28). Reichskammergerichtsordnung von 1521, Tit. 32, §. 2. Reichsabschied von 1532, Tit. 3, §. 15. Vergl. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 1, Nr. 21. v. Vangerow, Pandekten, Bd. 1, §. 133. v. Savigny, System des Römischen Rechts, V, 60.

7) Ist dies der Fall, so gilt das argum. a contrario des in L. 14 C. de iudaeis ausgesprochenen Princips: idcirco tamen judiciorum vigor jurisque publici tutela videtur in medio constituta, ne quisquam sibi

sich selbst zu seinem Rechte soll verhelfen dürfen. Man unterscheidet daher mit Recht unerlaubte und erlaubte Selbsthülfe und rechnet zu der letztern folgende Fälle: 1) Den Fall eines wahren Justitiums, worunter man den Zustand eines Staats versteht, in welchem alle Gerichte in allen Instanzen außer Thätigkeit sind, weil öffentliche Unfälle die Auflösung der Gerichte herbeigeführt haben. In solchen Fällen muß es wenigstens dann, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, dem Berechtigten erlaubt sein, solche Maßregeln zu ergreifen, wodurch provisorisch die Möglichkeit [8]) der künftigen Rechtsverfolgung ihm erhalten wird. 2) Selbst aber bei fortdauernder Thätigkeit der Gerichte gibt es doch einzelne Fälle, worin deren Beistand zu spät kommen würde, um seinem Zwecke zu entsprechen, und darum ist dann wenigstens in gewissem Grade Selbsthülfe erlaubt, a) zur Sicherung der bedrohten Persönlichkeit gegen widerrechtliche thätliche Mißhandlungen nicht nur in den Fällen der Nothwehr, deren Bedingungen im Criminalrechte genauer zu bezeichnen sind, sondern auch in den Fällen, wo sich der Sklave oder Haussohn der Gewalt des Hausherrn oder Hausvaters durch die Flucht mit Recht entzieht, um sich gegen dessen widerrechtliche Mißhandlungen sicher zu stellen [9]). Man hat heutigen Tags diesen Grundsatz mit Recht auf die Ehefrauen und das Gesinde analog angewendet, insofern auch diese Personen einer widerrechtlichen Thätlichkeit von Seiten des Ehemannes bezüglich der Dienstherrschaft ausgesetzt sein sollten. Denn in Ansehung des heutigen Gesindes gilt doch wenigstens der Grundsatz, daß demselben keine geringern Befugnisse gegen die Dienstherrschaft zustehen können, als den römischen Sklaven ihren Herren gegenüber gesetzlich zustanden. Ferner gehören dahin b) die Fälle, wo zum Schutze eines fehlerfreien

---

ipsi permittere valeat ultionem. Anderer Meinung ist Linde, Lehrbuch des Civilprocesses, §. 4, a. E.

8) Das Kanonische Recht hat in Fällen solcher Art den Lauf der Ertinctivverjährung unterbrochen und die Rechtslehrer haben hieraus nach dem erwähnten agumentum a contrario (Note 7) nicht ohne Grund behauptet, daß wenigstens in Fällen eines drohenden Rechtsverlustes, bei Gefahr im Verzuge Selbsthülfe erlaubt sei. C. 10, X. de praescr. (II, 26).

9) L. 3, §. 5, D. ad lib. exhib. (XLIII, 30); §. 2, J. de his qui sui vel alieni (I, 8).

Besitzes dem Besitzer gestattet ist, sich gegen widerrechtliche Störung durch Selbsthülfe bei seinem Besitze zu schützen oder sogar sich in denselben nach erlittenem Verluste durch Selbsthülfe wieder einzusetzen, insofern letzteres nur „in continenti" geschieht, d. h. nach den gesetzlichen Auslegungen, so lange sich der bisherige Besitzer bei der erlittenen Entsetzung aus dem Besitze noch nicht beruhigt hat [10]). Eine solche Beruhigung setzt aber voraus sowol Kenntniß von der geschehenen Entsetzung, als auch Willensäußerungen dagegen nichts, oder doch nur auf dem Rechtswege etwas unternehmen zu wollen. Es kann mithin auf die Dauer der Zwischenzeit allein hierbei nicht ankommen. Endlich c) ist die Selbsthülfe ausnahmsweise auch erlaubt, um persönliche Forderungen zu sichern, wenn Jemand seinen wirklichen Schuldner auf der bereits angetretenen Flucht verfolgt und unter Umständen, wo die Staatshülfe nicht ebenso leicht zu erlangen ist, sich den Betrag seiner Forderung allenfalls durch Anwendung von Privatgewalt aus den Effecten verschafft, welche der Fliehende bei sich führt [11]). Rathsam möchte es in solchem Falle allerdings sein, daß ein solcher Gläubiger der Ortsobrigkeit, in deren Bezirk der Vorfall sich zugetragen hat, Anzeige davon mache, damit dadurch die Meinung sich nur seines Rechts bedient zu haben desto offenbarer wird. Hierher sind aber auch noch die rechtmäßigen

---

10) L. 1 C. unde vi (VIII, 4): Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illam vim propulsare licet. L. 1, §. 27, 28; L. 3, §. 9; L. 17 de vi et vi arm. (XLIII, 16); L. 1, §. 2; L. 5, §. 10, D. de op. nov. nunc (XXXIX, 1); L. 29, §. 1, D. ad leg. Aquil. (IX, 2). L. 5 C. de jure fisci (X, 1). Hierher gehört auch die Bestimmung aus dem Lehrrechte, II. F. 22.

11) L. 10, §. 16, D. quae in fraud. (XLII, 8). Wenn auch aus dieser Stelle zunächst nur erhellt, daß die Paulianische Klage wider den Gläubiger unzulässig sei, welcher unter mehren Gläubigern vor ausgebrochenem Concurse einen fliehenden Schuldner verfolgt und demselben den Betrag seiner Forderung aus den bei sich führenden Effecten abgenommen hat, so läßt sich doch aus demselben Gesetze mit Recht folgern, daß die beschriebene Handlung als eine erlaubte, und unter die Bestimmungen des edict. D. Marci nicht fallende anzusehen sein müsse, weil sonst der Betrag der geretteten Forderung bei dem spätern Ausbruche des Concurses zur Concursmasse hätte gezogen werden müssen; was aber nicht verordnet ist. Man muß daher diesen Fall für eine ausnahmsweise gestattete Selbsthülfe halten und kann der Auslegung von Fritz, Erläuterungen zu Wening Ingenheim, I, 125 fg., nicht beipflichten.

Pfandungen zu zählen, welche nach deutschem Rechte eine erlaubte Selbsthülfe enthalten und nicht blos zum Schutz des Besitzes dienen, sondern häufig auch Mittel sind Ansprüche auf Schadenersatz zu sichern. Die Bedingungen, unter denen allein eine solche Pfandung als eine vollkommen erlaubte Selbsthülfe zu betrachten ist, bestehen im Ganzen darin, daß die zu pfandende Person oder Sache sich noch an einem Orte befinde, wo dieselbe erlaubterweise sich nicht aufhalten darf; daß kein Pfand von größerm Betrage genommen werde, als dazu erforderlich ist, sich die bezweckte Sicherheit zu verschaffen; und daß das abgenommene Pfand an den obrigkeitlich dazu bestimmten Ort der Aufbewahrung solcher Pfänder unverweilt abgeliefert werde. Das Ausführlichere hierüber gehört in das deutsche Privatrecht [12]). Weil übrigens alle bisher genannten Fälle einer erlaubten Selbsthülfe nur als besondere Ausnahmen zu betrachten sind, so hat man sich vor deren Ausdehnung auf andere, wenngleich ähnliche Fälle zu hüten.

§. 9.

b) Das Surrogat der verbotenen Selbsthülfe ist die Staatshülfe.

α) Deren Wesen.

I. Die Geschichte des deutschen Reichs bewährt den natürlichen Erfahrungssatz, daß alle Verbote der Selbsthülfe so lange wirkungslos sind, als nicht zugleich ein allgemein genügendes Surrogat dafür durch Anordnung eines unbedingt brauchbaren Rechtswegs dargeboten wird. Die frühern Vorschriften über den Landfrieden blieben erfolglos, bis Kaiser Maximilian I. 1495 mit dem ewigen Landfrieden zugleich die Errichtung eines Gerichtshofs [1]) und die Anordnung von Executionsmitteln für die Voll-

---

12) Ortloff, Deutsches Privatrecht, S. 286. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, Ausg. 5, §. 152. Schmidt, Klagen u.s.w., §. 1227, b. Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 69—71.

1) Landfrieden von 1495, §. 1, in der Sammlung der Reichsabschiede, II, 6: „Wir haben aus beweglichen Ursachen einen gemeinen Landfrieden durch das Heilige römische Reich deutscher Nation aufgerichtet und zu halten

streckung der von diesem gesprochenen Urtheile verband. Es war dies das kaiserliche und Reichs-Kammergericht, welches zuerst in Speier, dann in Wetzlar seinen Sitz hatte; ihm folgten dann ähnliche Gerichte in den einzelnen Territorien. Durch die für dieses Gericht ertheilte Proceß- und Executionsordnung wurde zuerst derjenige Rechtsweg angeordnet, welcher unbedingt wider alle Mitglieder des deutschen Reichs zu betreten war. Natürlich sollte diese Staatshülfe Niemandem aufgedrungen werden, vielmehr behielt der Grundsatz des Römischen Rechts, daß Niemand gegen seinen Willen zu klagen genöthigt sein sollte, fortwährende Geltung und blieb die Grundlage des erwähnten Landfriedens [2]). Aber selbst Derjenige, welcher zu klagen die Absicht hat, ist nicht uneingeschränkt damit an die Gerichte verwiesen, sondern ihm steht es frei sich mit dem Gegner zu einem Compromiß zu vereinigen, wodurch der einzelne Rechtsstreit vor Schiedsrichter gebracht wird, vorausgesetzt daß der Gegenstand des Streits und die Qualität der streitenden Theile die Eingehung eines rechtsbeständigen Compromisses möglich machen, auch zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter eine Vereinigung zu Stande kommt. Ja es ist möglich, daß die Betretung dieses Wegs zur Entscheidung obschwebender Streitigkeiten durch frühere Verträge oder ein Testament rechtsgültig, und daher für die Parteien bindend, angeordnet war. Man kann daher den Rechtsweg nur als das *subsidiäre* Mittel zur Verfolgung eines gekränkten Rechts für den Fall betrachten, wenn weder eine gütliche Vereinigung noch der Austrag der Sache im schiedsrichterlichen Wege zu Stande kommt.

II. Wird nun aber aus einem oder dem andern Grunde der eigentliche Rechtsweg [3]) betreten, so ist dieser nach gemeinem

---

gebothen, und nachdem derselbe ohne redlich ehrbar und förderlich Recht siehe schwerlich in Wesen bestehen möcht, darum auch, gemeinen Nutzen zur Förderung und Nothdurft Eurer Aller unser und des Heiligen Reichs Kammergericht — aufzurichten — fürgenommen und geordnet."

2) Landfrieden a. a. O.: „Wer zu dem Andern zu sprechen *vermeint*, der soll u. s. w."

3) Ueber den obersten Grundsatz der bürgerlichen Proceßgesetzgebung siehe *Haimerl*, Archiv für civilistische Praxis, XVIII, 54 fg. Derselbe läßt sich in folgender Formel aussprechen: „Es muß die Civiljustizgewalt im bürgerlichen Processe das juristische Ideal der *außerbürgerlichen* Beurtheilung und

Rechte A) in Hinsicht der Personen, welche dabei in Betracht kommen, und zwar 1) derjenigen, welche im Namen des Staats die Rechtshülfe zu gewähren haben, durch folgende Vorschriften charakterisirt. Es sollen nämlich die eigens hierzu ernannten Beamten a) ständig zu diesem Zwecke angeordnet, mithin nicht für die einzelne Rechtssache dazu ausgewählt sein; b) die nöthigen Eigenschaften an sich tragen und in gehöriger Anzahl im Allgemeinen ernannt, aber c) auch bei Ausübung dieses ihres Amtes unabhängig von speciellem Einflusse des Landesherrn und solcher Staatsbehörden sein, die nicht das competente Obergericht des einzelnen Beamten bilden; sodann sollen d) in der Regel drei einander vorgesetzte Gerichte oder Instanzen nach und nach in dem einzelnen Rechtsstreite thätig werden, und endlich e) die Functionen der Richter noch nicht mit der Urtheilsfällung beendet sein.

Zwar ist in den ältern Zeiten des römischen Reichs und selbst noch unter Justinian der Regent von persönlicher Theilnahme an Ausübung der bürgerlichen Rechtspflege nicht ausgeschlossen gewesen, hat vielmehr mit im obersten Gerichtshofe, dem consistorium principis [4]), gesessen; allein in den deutschen Reichsgesetzen [5]) ist eine solche Einrichtung verboten und allen deutschen Landesherren zur Pflicht gemacht, für die Civilrechtspflege in jedem Lande eine genügende Anzahl von Gerichten niederzusetzen [6]), welche im Namen des Staats Recht zu sprechen hätten. Die höchsten Reichsgerichte haben daher die Einmischung der deutschen Landesherren in die Rechtspflege stets als etwas Unerlaubtes betrachtet, dagegen den Reichsfiscal einzuschreiten veranlaßt, und Alles kassirt, was vermöge einer solchen Einmischung verfügt war. Wenn dennoch in einzelnen, besonders kleinen deutschen Staaten das römische remedium supplicationis ad

---

Durchsetzung des streitigen Privatrechts, als unmittelbar stellvertretende Kraft derselben unter den Schranken des Staatszweckes realisiren."

4) v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, S. 1, §. 10. Keller, Der römische Civilproceß, S. 351 fg.

5) Wahlcapitulation, Art. 16, §. 7, 8, 12—16. Wahlcapitulation, Art. 18, §. 3—6.

6) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, S. 1, §. 1. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 15. Jüngster Reichsabschied, §. 108 fg.

principem für bestimmte Fälle gestattet ist, und darauf unmittelbar höchste Verfügungen in Rechtsstreitigkeiten erlassen werden, so ist dies eine Anomalie, deren Statthaftigkeit bei der jetzigen Bundesverfassung nach der Verfassung des einzelnen Staats zu beurtheilen, in constitutionellen Staaten aber wol nirgend zu rechtfertigen sein wird.

III. Diejenige Staatsbehörde aber, welche zur Ausübung der Rechtspflege in den einzelnen deutschen Staaten nach dem eben Gesagten angeordnet sein muß, und die den allgemeinen Namen Gericht führt, soll nun aber (zu a) zu mehrer Sicherung der Unparteilichkeit nicht erst für den einzelnen, bestimmten Rechtsstreit niedergesetzt werden, sondern ein für alle mal und im Allgemeinen für ganze Classen von Unterthanen und deren Rechtsstreitigkeiten überhaupt, oder für gewisse Classen von Geschäften oder doch für einzelne, bestimmt abgegrenzte Districte angeordnet sein, also eine ständige Behörde in der Justizorganisation bilden. Unzulässig dagegen erscheinen in der Regel die Justizcommissionen, welche als eine Gattung außerordentlicher Gerichte, daher als ein Eingriff in den geordneten Gang der Rechtspflege zu betrachten sind. Es kann allerdings unter besondern Umständen eine Lücke in der Organisation der Gerichte fühlbar werden, welche jedoch so selten sich zeigt, daß es unangemessen sein würde für dergleichen Fälle ein beständiges Gericht anzuordnen, und in solchen Fällen äußerster Noth steht dem Regenten die Befugniß zu, Justizcommissionen zu ernennen. Eine solche gerechte Veranlassung würde z. B. dann vorhanden sein, wenn Jemand mit einer Schadenersatzklage das ganze höhere Justizcollegium des Staats belangen will, und wenn für dieses kein ordentliches Gericht erster Instanz in demselben Staate besteht. Hier würde sich der Kläger, wenigstens für die erste Instanz, die Ernennung einer Justizcommission zu erbitten haben, gegen deren Erkenntnisse dann die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sein würden. Aber auch bei dem Vorhandensein einer solchen genügenden Ursache für die Ernennung einer Justizcommission muß doch in Ansehung der Wahl der dabei zu verwendenden Personen beiden Streittheilen gestattet sein, Einwendungen gegen dieselben vorzubringen, welche dann möglichst zu berücksichtigen sind. Zu unterscheiden sind jedoch hiervon die Deputationen eines Gerichts, welche dieses aus seinen

Mitgliedern für Besorgung einzelner oder mehrer Geschäfte bildet, weil die Zweckmäßigkeit der Behandlung, z. B. bei der Einnahme eines Augenscheins, oder die Verhinderung der übrigen Gerichtsmitglieder dazu die Veranlassung gibt. Solche Deputationen als Stellvertreter des Gerichts selbst abzuordnen, ist durchaus zulässig.

IV. Weiter aber haben die deutschen Reichsgesetze den Reichsständen zur Pflicht gemacht, die hiernach zu errichtenden Gerichte (zu b) mit gehörig qualificirten Personen [7]) zu besetzen, d. h. mit solchen, welche die erforderliche Rechtskenntniß nebst der Fähigkeit besitzen, diese im einzelnen Falle richtig anzuwenden und außerdem einen unbescholtenen Ruf genießen. Das Genauere über die Befähigung der Gerichtspersonen ist weiter unten (§. 42) zu entwickeln, hier aber nur im Allgemeinen zu gedenken, daß die Reichsgesetze den Inhaber einer Gerichtsbarkeit für allen Schaden verantwortlich machen, welcher durch eine fehlerhafte Besetzung der Gerichte verursacht werden könnte [8]).

V. Endlich sollen die Gerichte auch (zu c) unabhängig von jeder willkürlichen Einwirkung auf dieselben sein. Kein Gericht soll weder befugt sein noch angehalten werden, bei seiner Amtsthätigkeit in Civilrechtsstreitigkeiten sich nach andern Vorschriften sowol bei der Proceßleitung als bei der Entscheidung zu richten, als nach solchen, die in allgemeinen, gehörig publicirten Gesetzen enthalten sind. Es sollen mithin weder vom Regenten selbst, noch von den übrigen Staatsbehörden, namentlich auch nicht vom Justizministerium specielle Anweisungen ertheilt werden, wie ein einzelner Rechtsstreit zu behandeln oder zu entscheiden sei, ja es soll auch die Anwendung neuer Gesetze und authentischer Interpretationen früherer auf den bereits anhängigen Rechtsstreit nicht angeordnet werden, vielmehr der Ueberzeugung und Beurtheilung des Richters überlassen bleiben, die vorhandenen allgemeinen Rechtsquellen auf den einzelnen Fall anzuwenden [9]). Schon

---

7) Jüngster Reichsabschied, §. 108.

8) Jüngster Reichsabschied, §. 109.

9) Bergmann, Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze (Hannover 1818), S. 169 fg.

in den Novellen Justinian's sind diese Vorschriften mit klaren Worten enthalten, indem in Nov. 113, cap. 1, vom Jahre 541 verordnet ist, daß alle Civil- und Criminalsachen nach allgemeinen Gesetzen instruirt und entschieden und weder kaiserliche Rescripte noch sonstige Anordnungen für einen einzelnen Rechtsstreit an die Gerichte erlassen werden sollen, daß aber, wenn dies dennoch geschehen, dergleichen Verfügungen von vornherein nichtig und von den Richtern nicht zu beachten seien, widrigenfalls der Richter, welcher diese allgemeine Vorschrift unbeachtet lasse, in eine Buße von zehn Pfund Goldes zu nehmen und mit der kaiserlichen Ungnade zu bestrafen sei. Es war jedoch in diesem Gesetze den Richtern noch gestattet, bei wahrhaft dunkeln Gesetzen sich eine authentische Auslegung von der höchsten Staatsgewalt zu erbitten und nach dieser den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Später 544 wurde auch dies durch Nov. 125, cap. 1, abgeändert und der Richter bei Behandlung und Entscheidung eines anhängigen Rechtsstreits lediglich auf seine eigene Rechtskenntniß verwiesen. Diese Bestimmungen des Römischen Rechts finden in den deutschen Reichsgesetzen [10]) überall ihre Bestätigung und sind von den höchsten Reichsgerichten unnachsichtlich aufrecht erhalten worden. Es ist aber auch keinem Zweifel unterworfen, daß dieselben noch gegenwärtig in den deutschen Bundesstaaten Anwendung leiden, weil deren Souverainetät durch die erwähnte Unabhängigkeit der Civilgerichte auf keine Weise gefährdet wird, es vielmehr sein Hauptzweck eines jeden wohlgeordneten Staats ist eine unparteiische Rechtspflege, Sicherstellung wohlerworbener Rechte und Rechtsgleichheit vor Gericht allen Unterthanen zu

---

10) Wahlcapitulation, Art. 16, §. 7, 8, 12—16. Die Behauptung: die Vorschriften des Römischen Rechts seien durch cap. 68, X. de appell. (II, 28) aufgehoben, welche J. H. Böhmer im J. E. Prot. Lib. 1, tit. 1, 3, §. 3 aufgestellt, läßt sich nicht rechtfertigen, weil einmal eine solche Abänderung aus der citirten Stelle gar nicht hervorgeht, diese vielmehr von einem Criminalfalle, einer Untersuchung gegen einen Geistlichen, handelt, worin der Papst als geistlicher Oberrichter sich zur Ertheilung einer Instruction berechtigt gehalten haben mag, und weil sodann, selbst angenommen, es enthielte das Kanonische Recht eine abändernde Bestimmung, diese doch gegenüber den spätern Reichsgesetzen ohne Bedeutung sein müßte.

gewähren, und weil in den Bundesgesetzen [11]) das Recht Beschwerde über gehemmte Rechtspflege bei der Bundesversammlung zu führen eingeräumt, diese auch autorisirt worden ist, der Beschwerde, mit Berücksichtigung jedoch der besondern Verfassung des einzelnen Staats, abzuhelfen. Auch die Verfassungsurkunden der meisten constitutionellen Bundesstaaten enthalten diesen Grundsatz ausdrücklich.

VI. Durch diese Unabhängigkeit der Civilgerichte ist jedoch keineswegs a) das Oberaufsichtsrecht des Staats [12]) über seine Gerichte und deren pflichtmäßige Thätigkeit aufgehoben. Deshalb können dieselben sich nicht weigern, Tabellen über ihre Geschäftsthätigkeit einzureichen, Acten, deren Einsicht nöthig erscheint, an die höchste Behörde einzusenden, sich den von dem Regenten angeordneten Gerichtsvisitationen zu unterwerfen und Befehlen zu ungesäumter Thätigkeit (mandata de administranda justitia oder promotoriales) gebührende Folge zu leisten, womit dann das Recht des Staats Misbräuche der Gerichte, welche sich in solchen Fällen zeigen, mit der verdienten Strafe unter Beobachtung der gesetzlichen Formen an dem schuldigen Beamten zu ahnden, im nothwendigen Zusammenhange steht. Noch weniger kann der Einfluß der gesetzgebenden Gewalt auf die Rechtspflege durch die Unabhängigkeit der Gerichte gehindert werden. Denn durch diese werden vermittelst neuer Gesetze und authentischer Auslegungen älterer gerade die Regeln festgestellt, welche im Civilproceß allenthalben beobachtet werden sollen, soweit es sich nicht um bereits vor jenem Ausflusse der Gesetzgebung rechtshängig gewordene Rechtsstreitigkeiten handelt. Derselben Staatsgewalt steht es auch zu, sogenannte Ressortstreitigkeiten, d. h. Conflicte, welche zwischen mehren Gerichten oder Gerichten und andern Staatsbehörden über den Umfang ihres Geschäfts-

11) Wiener Schlußacte, Art. 29. Klüber, Selbständigkeit des Richteramts, S. 23 fg., 53 fg.

12) Die Nov. 113, c. 2, i. f. hat diese Grenzbezeichnung auf das bestimmteste in den Worten ausgedrückt: Eam vero sanctionem, quae non definit quomodo judex cognitionem instituere vel sententiam ferre debeat, sed legitima diligentia litem peragi vult, vel actorum editionem imponit vel judicem legitimam sententiam ferre cogit vel alium simul judicem secundum leges nostras addit, eam fieri et valere — non prohibemus.

kreises entstehen, im Allgemeinen zu reguliren. Denn nicht im Wege eines Rechtsstreits, wie das früher wol angenommen wurde, läßt sich eine solche Differenz heben, der höchsten Staatsgewalt allein gebührt es vielmehr, die Grenzen dafür festzusetzen, wieviel sie einer jeden Behörde zu verwalten anvertrauen wolle; doch muß dies durch allgemeine Normen geschehen. Von diesen Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um den Umfang einer Patrimonialgerichtsbarkeit bei einem solchen Conflicte handelt. Denn die Inhaber dieser behaupten ein wohlerworbenes Recht auf den Umfang ihrer Gerichtsbarkeit, ebenso wie auf jedes andere Eigenthum erlangt zu haben, welches ihnen gegen ihren Willen ebenso wenig ganz entzogen als beschränkt werden kann, sofern nicht dazu im einzelnen Falle genügende Rechtsgründe vorhanden sind. Hierüber haben jedoch nur die Gerichte zu entscheiden, so daß im Falle solcher Competenzconflicte nur der Rechtsweg zu deren Austrag geeignet erscheint. Inwiefern es aber gleichfalls ein Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt sei, die Geschäftsbehandlung bei den Civilgerichten zu bestimmen, z. B. die Art der Relationen, ob schriftlich oder mündlich u. dergl., oder ob dieses schon einem Ministerio für sich allein zukomme, darüber sind die Stimmen der Rechtslehrer getheilt, indem Feuerbach [13]) dergleichen Anordnungen der Gesetzgebung ausschließlich zueignet, weil dabei die wichtigsten Güter der Staatsunterthanen mittelbar interessirt seien und deshalb dieselben Gründe dafür gelten müßten, welche die Bestimmungen über privatrechtliche Gegenstände der Gesetzgebung allein zutheilen; Linde dagegen dergleichen Einrichtungen nur als Dienstinstructionen betrachtet, deren Abänderung dem Ermessen der Staatsregierung allein überlassen bleiben müsse. Die richtigere Ansicht scheint, wenigstens für constitutionelle Staaten, in welchen den Ständen eine uneingeschränkte Theilnahme an der Gesetzgebung eingeräumt ist, die erstere zu sein. Schließlich ist hierher zu wiederholen, daß es nur der Staatsregierung

13) v. Feuerbach, Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staats durch bloße Verordnungen rechtsgültig verändert werden? In Dessen kleinen Schriften, Th. I, Abh. 7. Dagegen Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 7, Abh. 2.

zusteht, etwa vorhandene Lücken in der Gerichtsorganisation für den einzelnen, davon betroffenen Fall durch Ernennung einer Commission vorläufig zu ergänzen, bis dem Mangel vermittelst eines neuen Gesetzes abgeholfen ist.

VII. Endlich läßt sich aber auch nicht behaupten, daß dem Regenten, aus Rücksicht auf die Unabhängigkeit der Rechtspflege, die Befugniß bestritten werden könne, nach seinem Ermessen die Ober- und Untergerichte des Staats mit tauglichen Personen zu besetzen, bezüglich, was die Patrimonialgerichte betrifft, die von den Gerichtsinhabern dazu Präsentirten zu bestätigen. In dieser Befugniß des Regenten ist zugleich die enthalten, bereits angestellte Beamte zu versetzen — sie avanciren zu lassen — und sie zu entsetzen. In erster Beziehung wird hierzu die Einwilligung des einzelnen Staatsdieners vorausgesetzt, in letzter dagegen, daß derselbe begangener Pflichtwidrigkeiten beschuldigt, derselben im Untersuchungswege überführt und durch Urtheil und Recht seiner Stelle verlustig erklärt werde. Man nennt dieses Recht einer bereits angestellten Gerichtsperson, nur unter den gedachten Beschränkungen versetzt und abgesetzt werden zu dürfen, die Inamovibilität der Justizbeamten [14]).

VIII. Sollte nun aber gegen die vorstehend bezeichneten Grenzen der Unabhängigkeit der Gerichte dennoch ein wahrhafter Eingriff geschehen sein [15]), gleichviel ob aus dem Cabinet des Regenten oder von einer andern Staatsbehörde, so ist eine solche Verfügung nach Justinian's Vorschriften zwar ohne Weiteres nichtig und von den Beamten bei Meidung der dort gedrohten Strafen [16])

14) Die nähere Erörterung dieser Frage gehört in das Staatsrecht. Das Reichskammergericht nahm die Inamovibilität der richterliche Functionen ausübenden Justizbeamten als begründet an, während der kaiserliche Reichshofrath der entgegengesetzten Ansicht unter der Voraussetzung war, daß die Entlassung ohne Schmälerung der Ehre des Beamten erfolge. Heutzutage ist dies in den einzelnen Staaten fast durchgängig durch ein Staatsdienergesetz geordnet und dabei den richterlichen Beamten die Inamovibilität gesichert. v. Rotteck u. Welcker, Staatslexikon, III, 165 fg., 779.

15) Sietze, Die Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinetsjustiz in wesentlicher Differenz (Potsdam 1835). Klüber, Selbständigkeit des Richteramts (1832), S. 23 fg., 53 fg.

16) Nov. 113, cap. 5, §. 1.

nicht zu beachten, der einzelne Rechtsstreit aber so zu behandeln, als wäre dieselbe gar nicht vorhanden; allein heutzutage würde bei der strengen Subordination, in welcher die einzelnen Beamten stehen, ein solches Verfahren nicht wohl anwendbar sein. Dagegen würde in solchen Fällen es die Pflicht des Justizbeamten, an welchen der Befehl ergangen ist, sein, durch einen gründlichen und mit gehörigem Anstand abgefaßten Bericht die Unzulässigkeit der Verfügung darzuthun und um deren Zurücknahme zu bitten. Indessen wird ein einzelner Richter solche Berichte nicht unmittelbar an die höchste Staatsbehörde, sondern nur an das ihm vorgesetzte Obergericht zu erstatten und von diesem sich Verhaltungsbefehle auszuwirken haben. Findet das Obergericht das Anführen des Unterrichters begründet, dann ist es verbunden, den Fall, unter umständlicher Darlegung der gegen ein solches Verfahren sprechenden Gründe, der höchsten Stelle berichtlich vorzulegen. Den Zweck aber, den fraglichen Eingriff zu beseitigen, wird es um so sicherer erreichen, je gründlicher die Entwickelung ist, daß hier ein Fall vorliege, worin äußersten Falles von der Partei eine Beschwerde bei dem Bundestage [17]) über Hemmung der Rechtspflege geführt werden könne, was zu vermeiden doch wünschenswerth sei. Sollte aber ein Bericht dieser Art, selbst wenn das Justizcollegium ihn erstattet hat, ohne Erfolg bleiben, dann wird dieses oder dasjenige Untergericht, an welches die Cabinetsverfügung ergangen ist und wohin die Acten von dem Obergericht zurückzugeben sind, sich eine directe Weigerung den Befehl zu befolgen zwar nicht erlauben dürfen, allein den Parteien doch zu eröffnen haben, daß eine Cabinetsverfügung ergangen und der Grund zu derjenigen Anweisung sei, welche zugleich an die Partei erfolgt. Auf diese Weise wird dieselbe zugleich als eine solche bezeichnet [18]), welche nicht von des Richters eigener

---

17) Wiener Schlußacte, Art. 29. Bundesbeschluß vom 7. Oct. 1830, in Sachen von Sierstorpff c. Braunschweig in Emminghaus, Corp. jur. acad., Supplem., S. 193. Ob nicht des öffentlichen Wohles willen eine Hemmung der Justiz, bezüglich eine Ausnahme gestattet sei, s. Struben, Rechtliche Bedenken, III, 3, (wol nur auf Zeit).

18) Auch wird in der Regel die Form gerichtlicher Verfügungen und Erkenntnisse nicht gebraucht, namentlich die Schlußformel: „Von Rechtswegen“

Beschlußfassung ausgegangen sei. Dieses hat dann den wichtigen Erfolg, daß eine solche, wenngleich von dem Richter erlassene Verfügung die Rechtskraft nicht bestreiten, und stets angefochten werden kann, und daß dadurch den Parteien der Beweis, daß in diesem Falle die Rechtspflege gehemmt worden sei, in die Hand gegeben ist, ohne welchen eine Beschwerdeführung, namentlich bei dem Bundestage, erfolglos sein würde. Der beeinträchtigten Partei bleibt es dann überlassen, entweder im Rechtswege durch eine sogenannte Extrajudicialberufung an das competente Obergericht die Beseitigung der beschwerenden Verfügung zu erwirken — wobei sich dieses allenfalls über den nur an das Untergericht ergangenen Cabinetsbefehl, gestützt auf die Bestimmungen des Römischen Rechts, ganz hinwegsetzen kann —, oder, in constitutionellen Staaten, an die Landstände mit der Bitte um Intercession, oder letzten Falles an den Bundestag mit einer Beschwerde sich zu wenden und darin nachzuweisen, daß ein nach der Verfassung dieses Bundesstaats unzulässiger Eingriff in die Rechtspflege stattgefunden habe.

IX. Eine weitere charakteristische Eigenthümlichkeit des deutschen gerichtlichen Rechtswegs in Civilsachen besteht in Rücksicht auf die Gerichte (zu d) darin, daß für denselben Rechtsstreit in der Regel drei einander vorgesetzte Gerichte oder Instanzen nach und nach thätig zu werden veranlaßt sein können. Denn regelmäßig ist keine streitende Partei verbunden, sich bei dem Ausspruche eines einzigen Gerichts zu beruhigen, sondern kann dessen wiederholte Prüfung begehren, ehe das richterliche Erkenntniß unabänderlich wird. Am sichersten wird nun eine solche Prüfung nicht durch den nämlichen Gerichtshof vorgenommen, welcher das zu prüfende Erkenntniß selbst gefällt hat, sondern durch ein ganz neues Gericht, welches mit dem einzelnen Rechtsstreite bis dahin noch gar nichts zu thun gehabt hat, dem aber das früher erkennende Gericht dergestalt untergeordnet ist, daß letzteres den Ausspruch des erstern ohne Weiteres zu befolgen verbunden ist. Daher nennt man das dem Untergericht vorgesetzte Gericht Obergericht oder Appellationshof, hergenommen von dem Namen des Antrags der Partei auf nochmalige Prüfung. Da nun in

hinweggelassen, um in der Form anzudeuten, daß ein Eingriff in die Rechtspflege und deshalb eine Nullität der Verfügung vorliege.

Deutschland die Untergerichte eines Reichslandes regelmäßig einem Obergericht untergeordnet waren, dieses aber den beiden höchsten Reichsgerichten, dem Reichskammergerichte oder Reichshofrathe, so ist hieraus das dreifache Instanzenrecht [19]) entstanden, welches man als eine regelmäßige Befugniß der Parteien im Civilprocesse betrachtete und auch in der deutschen Bundesacte (Art. 12) anerkannt hat. Sowie es jedoch nicht an Ausnahmefällen fehlt, in welchen nur weniger als drei Instanzen (mithin vielleicht nur ein Rechtsmittel) zulässig sind, so fehlt es umgekehrt nicht an Ausnahmen, wo mehr als zwei Rechtsmittel zugelassen werden, indem man unter gewissen Voraussetzungen die wiederholte Prüfung des Erkenntnisses bei dem erkennenden Richter, insbesondere wenn dieser ein Collegium ist, durch die Rechtsmittel der Leuterung, Revision u. a. zu veranlassen gestattet hat [20]). Das Subordinationsverhältniß aber, welches auf diese Weise zwischen den Ober- und Untergerichten des nämlichen Staats begründet ist, pflegt die Hierarchie der Justiz genannt zu werden.

X. Eine weitere staatsrechtliche Eigenthümlichkeit der gemeinen deutschen Rechtspflege in Civilsachen besteht bezüglich der Gerichte (zu e) darin, daß diese nicht blos über streitige Rechtsverhältnisse zu erkennen haben, sondern ihnen auch die Befugniß zusteht unabänderlich gewordene Erkenntnisse durch gerichtlichen Zwang in Vollzug zu setzen, daß ihnen also ein Theil der executiven Gewalt des Staats übertragen ist, während dies in andern Staaten, z. B. Frankreich, nicht der Fall ist. Schon das Römische Recht erkennt an, daß keine richterliche Gewalt auch im Civilproceß ohne ein gewisses Zwangsrecht [21]) bestehen könne, und bezeichnet daher die dem Civilgericht übertragenen Befugnisse als imperium mixtum. Gleiche Ansichten treten im

---

19) Unten §. 123, 137, 274. Schick, Das reichsständige Instanzenrecht (Gießen 1802), S. 100—106, 207, 212. Heffter, Institutionen des Civilprocesses, §. 60, Nr. 19, 20. Bundesacte, Art. 12. Klüber, Oeffentliches Recht, §. 166. v. Dresch, Oeffentliches Recht des deutschen Bundes, §. 128.

20) Unten §. 275. Die Rechtsmittel sind daher devolutive und nicht devolutive.

21) L. 5, §. 1, D. de officio ejus cui mand. est jurisd. (1, 21) ... jurisdictio sine modica coercitione nulla est.

deutschen Rechte jedoch noch entschiedener hervor [22]), so daß danach ein Rechtsstreit keineswegs als mit dem Enderkenntnisse beendigt anzusehen ist, vielmehr auch die Hülfsvollstreckung als eine bloße Fortsetzung und als der eigentliche Zweck eines jeden bürgerlichen Rechtsstreits zu betrachten ist. Es wird daher vielleicht kein Civilgericht in Deutschland existiren, dem nicht die vollziehende Gewalt des Staats wenigstens in einiger Maße übertragen wäre. Jedoch ist eine große Mannichfaltigkeit in Ansehung der Grenzen der richterlichen Vollstreckungsgewalt unverkennbar, so daß diese nur nach den Bestimmungen zu beurtheilen sind, welche bei Errichtung des Gerichts oder später in dieser Beziehung getroffen wurden. Aus diesem Grunde muß auch die Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses in einem eigenen Abschnitte unter dem Namen der Executionsinstanz die Regeln entwickeln, wie in allen Fällen die Execution vom Gerichte vollzogen werden könne und müsse [23]).

XI. Zu den subjectiven Merkmalen der deutschen gerichtlichen Rechtspflege sind außer der Gerichtsorganisation (S. 59 fg.) hiernächst 2) auch die wesentlichen Voraussetzungen der streitenden Theile zu rechnen, ohne welche dieselben vor Gericht nicht Recht suchen können und bezüglich gegen sie richterliche Hülfe nicht zu erlangen ist. Es ist dies die im Römischen Recht sogenannte persona standi in judicio, so weit sich dieselbe nicht auf den einzelnen Rechtsstreit bezieht. Im Allgemeinen folgt aus der Natur der Rechtspflege von selbst, daß dieselbe nur gegen Personen begehrt werden kann, welche dem darum ersuchten Gerichte unterworfen (dingpflichtig) sind. Denn ohne diese Voraussetzung würde alle Zwangsanwendung wider den Verklagten unbefugt und widerrechtlich sein; ja der bloße Ausspruch über das streitige Rechtsverhältniß könnte keinen rechtlichen Erfolg haben, wenn er von

22) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Cap. 48, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 159. Auch die Proceßlehrer des Mittelalters erkennen dies an. C. Ritterhusius, ad Novellas, p. 490, sect. 3, i. f. Simul etiam illud genus, ministratio justitiae, quo utitur Maranta, indicat ultimum finem judicii: Nam quidquid judex facit, hoc totum eo tendit (certe eo tendere debet), ut veniat ad finem, videlicet sententiam, sive rem judicatam et sententia lata dicitur plene alicui administrata justitia: *Nam executio sequens sententiam, tantum est effectus sententiae.*

23) Unten §. 261 fg.

einem unbefugten Richter erfolgte. Wie dies aber vom Beklagten zu behaupten ist, so gilt es ebenso vom Kläger, welcher die richterliche Hülfe sucht, da diesem, wenn er abgewiesen wird, gleichfalls Rechte entzogen und noch häufiger Pflichten auferlegt werden, welche entweder die Führung des Rechtsstreits betreffen, z. B. die Auferlegung eines Beweises, oder das Resultat des Rechtsstreits enthalten, z. B. die Verurtheilung in die Proceßkosten. Alles Dieses macht es unerläßlich, daß der Kläger so gut wie der Beklagte demjenigen Gerichte unterworfen sei, welches über das bestrittene Rechtsverhältniß erkennen, und das Erkannte, da nöthig, durch Zwangsmittel soll vollziehen können. Auch läßt sich hiergegen nicht einwenden, daß ja durch Requisition der ordentlichen Obrigkeit der Parteien jedes Gericht ohne Unterschied seine Aussprüche vollziehen lassen könne; denn wie weiter unten (§. 66, II.) gezeigt werden wird, darf keine Requisition eines unbefugten Gerichts angenommen und befolgt werden, vielmehr ist jede Obrigkeit verbunden, ihre Gerichtsangehörigen gegen Anmaßungen nicht berechtigter Personen aller Art zu schützen [24]).

XII. Ist demnach die Dingpflichtigkeit beider Parteien eine wesentliche Voraussetzung jeder gültigen gerichtlichen Rechtspflege, so folgt daraus, a) daß solche Kläger, welche entweder Ausländer oder doch für ihre Person demjenigen Gericht, dessen Hülfe sie nachsuchen, gar nicht unterworfen sind, durch das Anbringen ihrer Klage sich freiwillig, wenn auch stillschweigend, für den einzelnen Fall diesem Gerichte unterwerfen, indem das die Bedingung ist, ohne welche ihnen die Hülfe des Staats nicht gewährt werden kann. Zu mehrer Sicherung der Unterwürfigkeit eines solchen Klägers hat aber das Gericht das Recht, ihm eine Cautionsleistung für die Proceßkosten aufzulegen, damit, wenn er den Proceß verliert, und, was höchstens eintreten kann, zur Bezahlung der Kosten verurtheilt wird, ein Executionsmittel gegen

24) Es war daher ein auffallender Fehler des Code Napoléon, art. 14, daß man auch solche Personen vor die französischen Gerichte ziehen und nach dem französischen Gesetzbuche beurtheilen wollte, welche dem französischen Staate noch nie, auch nicht zur Zeit der Klagerhebung unterworfen waren. Diese Vorschrift ist daher ohne Erfolg gewesen und für die preußischen Rheinprovinzen durch ein Gesetz aufgehoben worden.

den Fremdling dem Gerichte gegeben ist. Ja das positive deutsche Recht geht sogar noch weiter, indem es die stillschweigende Unterwerfung des Klägers auch auf alle diejenigen Ansprüche erstreckt, welche der nämliche Beklagte durch eine zulässige Widerklage gegen denselben Kläger bei diesem Gerichte verfolgt. Solchenfalls ist dann auch der Beklagte nicht blos der Unkosten, sondern auch der Widerklage halber Sicherheitsbestellung von dem Kläger zu verlangen, bezüglich das Gericht diese aufzuerlegen befugt (§. 56). Dagegen muß b) der Beklagte schon bei Anstellung der Klage demjenigen Gerichte, unabhängig von seiner Einwilligung, unterworfen sein, bei welchem die Klage gegen ihn erhoben wird, damit gleich die ersten Schritte, welche das Gericht auf die Klage gegen ihn thut, namentlich die Citation, ihn verpflichte vor dem Gerichte zu erscheinen und daselbst Recht zu nehmen. Hieraus folgt, daß solche Personen, welche keinem Gerichte eines bestimmten Landes unterworfen sind, in diesem Territorium nicht verklagt werden können. Es ist dies der Fall bei den Souverainen desselben Staats, welche ihren eigenen Gerichten nur dann unterworfen sind, wenn sie dies im Voraus erklärt haben (§. 49), und bei denjenigen Ausländern, welche das Recht der Exterritorialität genießen. Dagegen müssen alle Unterthanen eines Staats irgend einem Gerichte desselben für alle Civilansprüche, welche gegen sie verfolgt werden, unterworfen sein, mögen sie beständige Unterthanen dieses Landes sein, (subditi perpetui), deren sämmtliche Rechtsverhältnisse ohne Unterschied vor den inländischen Gerichten zum gerichtlichen Austrage gelangen können [25]); oder mögen es nur subditi temporarii sein, gegen welche jedoch in der Regel keine andern Ansprüche in dem einzelnen Lande verfolgt werden können, als die, welche in diesem Gebiete durch erlaubte oder unerlaubte Handlungen entstanden und daselbst auch zu erfüllen sind, oder wobei wenigstens das Letztere eintritt. Dagegen sind die Subditi forenses, Diejenigen, welche nur durch den Besitz von Immobilien Unterthanen eines bestimmten Staats sind, während sie ihren Wohnsitz in einem andern Staate haben, nur in Ansehung der dinglichen

---

25) L. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4).

auf jene Grundstücke sich beziehenden Ansprüche den Gerichten des Staats, in welchem diese belegen sind, unterworfen; es müßte denn in diesem Lande der landsassiatus plenus [26]) gelten, und sie dadurch in Ansehung der Unterwerfung unter die Gerichte dieses Staats den subditis perpetuis gleichgestellt werden. Das gemeine deutsche Recht kennt jedoch den vollen Landsassiat nicht. Andererseits können aber die hier angeführten Bestimmungen über die Dingpflichtigkeit der zu Verklagenden durch besondere Verabredungen der Parteien um so eher erweitert werden, als nach gemeinem Rechte die Erstreckung des Gerichtsstandes (§. 60) den Parteien in der Regel erlaubt ist. Eine solche Verabredung enthält z. B. die bei Wechseln vorkommende Formel: „Aller Orten, wo ich anzutreffen bin." Seit der Auflösung des deutschen Reichs und der Errichtung des deutschen Bundes sind zwischen den einzelnen deutschen Staaten häufig Staatsverträge abgeschlossen worden, durch welche obige Grundsätze, namentlich hinsichtlich der subditi temporarii und forenses, bald bestätigt bald modificirt werden. Diese sind dann für den einzelnen Fall die entscheidenden Normen.

XIII. Was nun aber B) den Gegenstand der gerichtlichen Rechtsverfolgung vor deutschen Gerichten betrifft, so versteht es zunächst sich von selbst, daß dieser nur in streitigen Rechtsverhältnissen in dem oben §. 1 angegebenen Sinne bestehen kann, weil nur bei solchen die Selbsthülfe, an deren Stelle doch allein die Gerichte getreten sind, gedacht werden kann. Auf demselben Rechtsgrunde beruht dann die weitere Bestimmung, daß nur wegen bereits wirksamer [27]), nicht wegen zukünftiger Rechtsansprüche der Rechtsweg zu betreten ist, weil rücksichtich dieser wol ein Streit gedacht, allein Selbsthülfe nicht angewendet werden kann [28]). Dagegen liegt es wol auch in der Natur der Sache, daß auf dem Rechtswege nie lediglich über zweifelhafte oder

26) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 23. S. unten §. 45, 60.

27) L. 213 D. de verb. sign. res, quarum dies iam cessit et venit.

28) L. 35 D. de judic. (5, 1). Judicium non potest esse in pendenti nec de rebus postea in obligationem adventuris. Wenn spätere Prästationen unter denselben Verhältnissen zu leisten und deßhalb von demselben Principe abhängig sind, können frühere Entscheidungen der Consequenz wegen von Bedeutung sein.

bestrittene Rechtsfragen in abstracto vor Gericht verhandelt, vielmehr eine streitige Rechtsfrage nur dann dort entschieden werden kann, wenn sie bei Gelegenheit eines Rechtsstreits und in Bezug auf ihn in Frage kommt. Denn die Gerichte sind nicht dazu da, die Staatsglieder geradezu über den Inhalt der Gesetze zu belehren, vielmehr nur ihnen im einzelnen Fall den nöthigen Rechtsschutz zu gewähren. Daher werden alle solche Anträge, die nur Belehrung bezwecken, ohne Weiteres abgewiesen, einmal um den Gerichten ihre Zeit nicht zu entziehen, dann aber um durch die Belehrung nicht der spätern Entscheidung der Frage im einzelnen Falle vorzugreifen und dadurch möglicherweise Irrthümer zu veranlassen. Eine Eigenthümlichkeit des deutschen gemeinen Rechtswegs war es dagegen allerdings, daß, so lange das deutsche Reich bestand, auch wegen staatsrechtlicher Streitigkeiten sowol zwischen mehren Reichsständen unter sich, als zwischen einem Reichsstande und seinen eigenen Unterthanen ein gerichtlicher Civilproceß vor den höchsten Reichsgerichten zulässig war. Weil aber diese Eigenthümlichkeit der deutschen Staatsverfassung ihren Grund nur darin hatte, daß die deutschen Landesherren und andern Landesregierungen, z. B. die Reichsstädte, dem Kaiser und Reiche unterthan waren, so hat nach Auflösung des deutschen Reichs jener objective Umfang der deutschen Richtergewalt nicht weiter fortbestehen können. — Von besonderer Wichtigkeit ist aber noch die Beschränkung der gerichtlich zu verfolgenden Streitobjecte, daß Niemand wegen eines Gegenstandes richterliche Hülfe zu erlangen hoffen darf, welchem gebietende oder verbietende Gesetze desjenigen Staats entgegenstehen, dessen Gerichte in diesem Falle um Hülfe anzurufen sind, sollte gleichwol das gekränkte Rechtsverhältniß in einem andern Staatsgebiete entstanden sein, und am Orte seiner Entstehung auf vollen Schutz der Gerichte haben rechnen können. Die Sorge für das öffentliche Wohl veranlaßt nämlich in manchen Staaten ein Verbot gewisser Privatgeschäfte und Privatrechtsverhältnisse, dergleichen in andern Staaten völlig erlaubt und wirksam sein können. In demjenigen Staate aber, wo absolute Verbote einem Rechtsverhältnisse entgegenstehen, kann man für ein solches keine gerichtliche Hülfe erlangen, da die Gerichte nur Diener der einheimischen Gesetze und denselben einen unbedingten Gehorsam schuldig sind. Hiervon kann sie auch

der Umstand nicht befreien, daß das einzelne Rechtsgeschäft an einem Orte des Auslandes abgeschlossen worden ist, wo es gesetzlich gestattet war und deshalb vollkommenen Rechtsschutz genossen haben würde. Denn wollte in solchem Falle das Gericht das ausländische Gesetz anwenden, so würde es dadurch gegen das öffentliche Wohl des eigenen Staats handeln und den Weg zur Umgehung der Gesetze desselben bahnen. Einem jeden Kläger ist daher bei der großen Verschiedenheit der Gesetzgebungen in den einzelnen deutschen Bundesstaaten eine besondere Vorsicht in Ansehung der Wahl des anzurufenden Gerichts umsomehr zu empfehlen, je weniger eine in dem einen Gebiete rechtskräftig verworfene Klage hinterdrein in einem andern Lande wieder anhängig gemacht werden kann.

XIV. Die meisten Eigenthümlichkeiten des deutschen gerichtlichen Rechtswegs zeigen sich aber C) in der Art und Weise des Verfahrens. Diese Bestimmungen sind jedoch rein processualische zu nennen und hängen deshalb mit dem öffentlichen Rechte weniger zusammen, als das bisher in subjectiver und objectiver Rücksicht Vorgetragene. Nur ein Nebenumstand bei der Art des Verfahrens macht eine Ausnahme davon, indem er gleichfalls ganz in das öffentliche Recht gehört, die Verbindlichkeit die Proceßkosten zu tragen, wovon der folgende §. handelt.

§. 10.

β) Verpflichtung zu den Proceßkosten [1]).

I. Was den staatsrechtlichen Grundsatz betrifft, daß die Staatshülfe nicht unentgeldlich gewährt wird, vielmehr die Parteien die Kosten des Processes zu bezahlen haben, so ist zuerst zu gedenken, daß man unter diesen Kosten allen Aufwand, welcher durch Führung eines gerichtlichen Rechtsstreits den Par-

---

1) Emmerich, Von den Proceßkosten (Göttingen 1790). Schmidt-Phiseldeck, Beitrag zur Lehre von den Proceßkosten (Helmstedt 1793). A. D. Weber, Ueber die Proceßkosten u. s. w. (Hannover 1811). Gensler, Commentar, Abh. 6, S. 190—456. Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Proceßrechts, S. 102 fg. Bayer, Vortr. über Civilproceß, Aufl. 8, S. 20 fg.

teien verursacht wird, versteht. Dieser aber ist theils ein gerichtlicher, insofern er zur Staatskasse fließt oder doch den Gerichtspersonen zu Gute kommt, theils ein außergerichtlicher, insofern er dritten bei dem Rechtsstreite betheiligten Personen zu Theil wird. Zu diesem letztern gehört aber a) die Belohnung der Advocaten und Procuratoren für deren Bemühungen nebst dem Ersatze der baaren Auslagen, welche diese für ihre Clienten etwa bestritten haben; b) die Vergütung Dessen, was die Zeugen, Sachverständige und andere Privatpersonen als Entschädigung für den bei Gelegenheit eines fremden Rechtsstreits an Zeit und sonst gehabten Aufwand zu beanspruchen haben; endlich aber c) die eigenen baaren Auslagen der Parteien selbst, welche in Reise- und Zehrungskosten, auch allenfallsigem Ersatze für Versäumniß, insofern die Führung des Rechtsstreits dergleichen veranlaßt hat, bestehen. Der Grund alles dieses außergerichtlichen Aufwandes liegt nun aber keineswegs in einem staatsrechtlichen Verhältnisse, sondern theils in der Nothwendigkeit dieser Mittel zur Erreichung des Zwecks, theils in den besondern Privatverhältnissen, worin sich eine Partei namentlich zu ihrem Rechtsbeistande befindet. Es gelten daher rücksichtlich der Pflicht denselben vorerst auszulegen, bezüglich dem Gegentheile den verlegten zu ersetzen, sowie rücksichtlich des Rechts den eigenen Aufwand ersetzt zu verlangen, privatrechtliche Grundsätze, von denen weiter unten zu handeln ist (§. 39 a. E., 74, 76).

II. Ganz anders verhält es sich dagegen mit den gerichtlichen Proceßkosten, den Sporteln. Es sind dies die Geldsummen, welche an die Staatskasse oder an die Gerichtspersonen, als solche, von den Parteien deshalb bezahlt werden müssen, weil sie die Thätigkeit des Gerichts für sich durch den Rechtsstreit in Anspruch genommen haben. Diese Gerichtskosten umfassen theils das Stempelpapier — wenigstens nach den Landesgesetzen, während dessen Gebrauch dem deutschen gemeinen Rechte unbekannt war —, welches in vielen deutschen Staaten nach dem Vorgange von Holland zu allen gerichtlichen Aufsätzen verwendet werden muß, theils die Gerichtssporteln, d. h. diejenigen Geldsummen, welche als Vergütung für die Schritte und Verfügungen des Gerichts im einzelnen Rechtsstreite zu bezahlen sind, mögen sie der Staatskasse oder den Gerichtspersonen selbst zufließen; theils

endlich die baaren Auslagen, welche ein Gericht in Bezug auf einen einzelnen Rechtsstreit für die Parteien hat machen müssen, wie z. B. das Postporto, oder die an andere Behörden, mit welchen das Gericht in Verbindung treten mußte, für deren Bemühungen zu bezahlenden Kosten. Diese ganze Gattung von Proceßkosten ist sowol nach Römischem als auch gemeinem deutschen Recht von jeder streitenden Partei, wie eine Art öffentlicher Abgabe, soweit zu entrichten, als die einzelne Partei die Veranlassung zu dergleichen durch ihre Anträge gegeben hat. Auch muß diese Entrichtung in der Regel sogleich geschehen, sobald die bezügliche Verfügung vom Gerichte erlassen ist, da ein Creditiren hier nach gemeinem Rechte nicht stattfindet. Sollten aber gewisse Verfügungen des Gerichts ohne speciellen Antrag einer Partei zum gemeinschaftlichen Zwecke der Beendigung des Rechtsstreits vom Gericht getroffen werden müssen, so ist jede Partei verpflichtet, die Hälfte der Kosten einer solchen Verfügung zu tragen, sowie jede Partei zu ihren eigenen Vorträgen das nöthige Stempelpapier nehmen muß. Die Verbindlichkeit, auf solche Weise die Gerichtskosten zu bezahlen, ist eine so ausgemachte Zwangspflicht, daß die Gerichte, wenn ihr nicht genügt wird, entweder die nöthigen Schritte so lange, bis die Zahlung erfolgt ist, zurückhalten, gleichwol aber die von der säumigen Partei einzulösende Verfügung als derselben bekannt gemacht ansehen, oder durch Execution von jeder Partei das Schuldige beitreiben, natürlich unbeschadet der Befugniß der Parteien demnächst Ersatz des Verlegten von dem unterliegenden Gegner zu fordern. Eine Pränumeration der Gerichtskosten kann dagegen von keinem Gerichte den Parteien angefordert werden, wo es nicht in den Landesgesetzen angeordnet ist, oder von einer Partei ungewöhnliche Schritte, welche mit einem großen Aufwande verbunden sind, wie z. B. die Versendung der Acten an eine auswärtige Spruchbehörde (§. 69), beantragt werden. In einem solchen Falle muß die beantragende Partei eine gewisse Summe vorschießen, über deren Verwendung ihr demnächst vom Gerichte Rechnung abgelegt wird. Die Ausfertigung der gerichtlichen Verfügung aber, durch welche der verlangte Schritt eingeleitet wird, bleibt bis dahin ausgesetzt, wo die nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Summe bei dem Gerichte der Hauptsache hinterlegt worden ist. Unterbleibt die

Hinterlegung innerhalb der hierzu bestimmten Frist ganz, so kann diese Saumseligkeit den Verlust des Rechts den beantragten Proceßschritt zu begehren, wenigstens nach einzelnen Landesgesetzen, welche nicht selten die Androhung dieses Rechtsnachtheils enthalten, zur Folge haben, nicht so nach gemeinem Rechte, nach welchem die Gerichte vielmehr nur befugt sind die erforderlichen Vorausbezahlungen durch Hülfsvollstreckung beizutreiben, sofern nicht die dazu verpflichtete Partei auf den fraglichen Proceßschritt völlig verzichtet.

III. Von dieser Zwangspflicht der Erlegung der gerichtlichen Kosten ist nach gemeinem Rechte Niemand befreit; denn das nach Römischem Recht in dieser Beziehung gewissen Classen von Unterthanen verliehene Privilegium [2]) ist wegen der veränderten Gerichtsverfassung nicht mehr anwendbar, das deutsche Recht hat aber neue solche Privilegien nicht eingeführt. Wo sie existiren, beruhen sie vielmehr nur auf der Gesetzgebung des einzelnen Landes. Als ein solches Privilegium darf man auch den der armen Partei nach gemeinem Rechte eingeräumten Sportelcredit nicht betrachten. Das deutsche gemeine Recht [3]) hat nämlich, damit eine arme Partei durch die Verbindlichkeit, die gerichtlichen Kosten des Processes auszulegen, nicht behindert werde den gerichtlichen Rechtsweg zu betreten, allen armen Parteien die besondere Befugniß eingeräumt, bei den von ihnen im einzelnen Falle angerufenen Gerichten um Credit für die zu erlegenden Gerichtssporteln nachzusuchen und die Gerichte andererseits verpflichtet, unter gewissen Voraussetzungen diesen Credit zu bewilligen (beneficium adnotationis sportularum). Es bildet dieses Recht einen Theil des Armenrechts überhaupt, d. h. des Inbegriffs aller der besondern Rechte, welche einer armen Partei bei Führung gerichtlicher

---

2) Nov. 123, cap. 28. Authent. Sed hodie C. de episc. et cler. (I, 3). L. 7, §. 6, C. de adv. divers. (II, 8); L. 28, §. 2; L. 33, §. 5, C. de episc. et cler. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 20, a. E., S. 244.

3) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. I, Tit. 29, §. 5. Deputationsabschied von 1600, §. 6 fg. v. Gönner, Handbuch, I, 24. Gensler, a. a. O., I, 199 fg. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 57—77, und im Archiv für civilistische Praxis, XVI, 51—83. Bayer, a. a. O.

Rechtsstreitigkeiten wegen ihrer Armuth gesetzlich eingeräumt sind; wohin außer dem erwähnten Sportelcredit nur noch das Recht einen Anwalt zu begehren, welcher seine Deserviten creditirt und, wenn Keiner dieses freiwillig thut, vom Richter zu verlangen, daß er der armen Partei einen solchen Beistand zuordne und das Recht auf Herabsetzung der Appellationssumme auf die Hälfte zu zählen ist [4]). Wenn man [5]) dagegen der armen Partei die Rechte mitleidswürdiger Personen sowol rücksichtlich des Gerichtsstandes, als auch in Ansehung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beilegt und diese unter dem Armenrechte mitbegreift, so geht man darin zu weit. Denn abgesehen davon, daß besondere Rechte mitleidswürdiger Personen in Ansehung des Gerichtsstandes in der That nicht existiren (§. 57, 58, II.), deshalb auch nicht auf die arme Partei übertragen werden können, so kann doch die Armuth einer Partei allein keinen Grund zur Wiedereinsetzung derselben in den vorigen Stand gegen jeden Nachtheil, ohne zu prüfen ob gerade die Armuth die Ursache des Nachtheils war, abgeben. Was aber den hier wesentlich in Frage kommenden Theil des Armenrechts, den Sportelcredit betrifft, so würde man sehr irren, wenn man die Befugniß, davon Gebrauch zu machen, als ein Privilegium der armen Partei von der Entrichtung der Kosten eines Rechtsstreits überhaupt befreit zu sein, ansehen, und um der Rechtsgleichheit willen der andern, nicht armen Partei dasselbe Recht vindiciren wollte, wie von einigen Rechtslehrern [6]) geschehen ist. Denn auf der einen Seite ergibt sich daraus, daß die arme Partei, sobald sie zu besserm Vermögen kommt, z. B. wenn sie im Processe etwas erstreitet, die bis dahin aufgelaufenen und nur creditirten Sporteln bezahlen muß, daß die ihr zu Theil gewordene Begünstigung kein Privilegium der Freiheit von der Sportelentrichtung ist; auf der andern Seite aber

---

4) Kammergerichtsordnung von 1555, a. a. O., §. 41. Jüngster Reichsabschied, §. 114.

5) Leyser, Vol. II, sp. 78, m. 1.

6) Gans, Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege (Hannover 1826), I, 26 fg. Sartorius, Archiv für civilistische Praxis, XVIII, 237. Dagegen Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 57 fg. Archiv für civilistische Praxis, Bd. 20, Abh. 2.

hängt diese Vergünstigung von gewissen in der Person und den Umständen des darum Nachsuchenden begründeten Voraussetzungen ab, und berührt nur das Verhältniß der armen Partei zu der öffentlichen Kasse, an welche die Sporteln zu entrichten sind, nicht aber das der Parteien unter einander. Wie könnte daher für denjenigen streitenden Theil, welcher selbst nicht in der Lage ist den erforderlichen Voraussetzungen Genüge leisten zu können, das Recht hierzu durch den zufälligen Umstand, daß der Gegner allerdings darauf einen begründeten Anspruch hat, erworben werden? [7])

IV. Die Voraussetzungen aber, unter welchen der armen Partei der Sportelcredit vom Gerichte zugestanden werden muß, sind folgende: 1) daß der Arme für jeden einzelnen Rechtsstreit ausdrücklich um diesen Credit nachsuche, da das Gericht denselben niemals aus eigenem Antriebe verleiht, sollte ihm auch die Armuth der einen oder andern Partei zur Genüge bekannt sein. Es ist jedoch diese Bitte an keinen bestimmten Abschnitt im Processe gebunden, und kann sowol vor als bei dem Beginne des Rechtsstreits, oder während dessen Fortsetzung angebracht werden. Nur äußert das erlangte Armenrecht lediglich für die Zukunft und höchstens auf noch rückständige Kosten seine Wirksamkeit, wogegen das bereits Gezahlte, wenn später das Armenrecht erlangt wird, nicht zurückerstattet wird. 2) Der Arme muß aber zur Begründung eines solchen Gesuchs seine Armuth nicht nur behaupten, sondern auch gehörig bescheinigen. Arm aber heißt bezüglich des Sportelcredits jede Partei, die nicht so viel einzunehmen hat, um, neben dem standesmäßigen [8]) Unterhalte für sich und ihre Familie, die ihr zur Last fallenden gerichtlichen Kosten bezahlen zu können. Dabei ist es gleichgültig, woher die Partei ihre Einnahmen bezieht, ob aus den Renten eines Capitalvermögens, oder aus Grundbesitze, oder aus eigenem Erwerbe. Sollte jedoch eine Partei von einem Dritten vermöge einer Zwangspflicht vor Gericht vertreten werden müssen, wie die Ehefrau

---

7) Entgegen steht auch der Visitationsabschied von 1568, §. 3, worin ausdrücklich bestimmt ist, daß die Streitgenossen der armen Partei pro rata die Kosten bezahlen müssen.

8) Kammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 78. Jüngster Reichsabschied, §. 114. Gensler, Handbuch, Bd. 1, S. 207, Nr. 27.

durch den Ehemann, die Hauskinder durch den Vater, so genügt nicht der Nachweis, daß die eigentlich bei der Sache betheiligte Person arm sei, vielmehr ist dann noch nachzuweisen, daß ebenso auch die dritte Person, welche die Partei zu vertreten pflichtig ist, arm sei. Es müßte daher in den angeführten Fällen die Armuth des Ehemannes, bezüglich des Vaters nachgewiesen werden. Dahingegen kommt hinsichtlich des Sportelcredits weder darauf etwas an, wie der Arme in diesen Zustand gekommen ist, indem auch Demjenigen, der durch eigene Schuld arm geworden, der Verlust des Armenrechts nirgends gedroht ist, noch macht hier die Religion der armen Partei einen Unterschied, indem der Sportelcredit einem bescheinigtermaßen armen Juden ebenso wenig als einem Christen verweigert werden darf. Endlich aber können auch juristische Personen [9]), Gemeinden, Corporationen, um das Armenrecht nachsuchen, wenn die Gemeinde, Corporation arm ist, d. h. wenn sie neben den unvermeidlichen Ausgaben die Proceßkosten zu bezahlen nicht vermag, sollte sie gleich unter ihren Mitgliedern einige Wohlhabende zählen. Die Bescheinigung der Armuth aber, welche bei dem Gesuche um Ertheilung des Sportelcredits zu führen ist, wird am leichtesten durch ein Zeugniß der Obrigkeit, insbesondere der Verwaltungsbehörde erbracht, indessen soll nach den Gesetzen auch ein schriftliches Zeugniß einer Privatperson [10]), welche an sich glaubwürdig ist und von den Verhältnissen des Armen hinreichende Kenntniß hat, darum zulässig sein, weil der Arme sich auf jeden Fall 3) zum Armeneid (juramentum paupertatis) erbieten muß. Dieser Eid muß theils darauf gerichtet werden, daß die beigebrachte Bescheinigung der Armuth, sofern sie an sich nicht vollkommen genügend ist, in Wahrheit beruht —, insoweit ist es also eine Art Erfüllungseid —, ferner daß der Arme sein Vermögen nicht vorsätzlich veräußert habe, um den Genuß des Armenrechts sich zu verschaffen — also eine Art des Calumnieneides —, und endlich,

---

9) Nicht aber eine Erbschaftsmasse. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, Bd. 7, Nr. 112.

10) Kammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 41, §. 1. Sammlung der Kammergerichtsbescheide von 1803, S. 33, 146. Tafinger, Instit. jurispr. cam., II, §. 701, e.

daß der Arme verspricht, die creditirten Gerichtskosten nachzahlen zu wollen, sobald er zu bessern Vermögensverhältnissen gelange — also insofern eine Art juratorischer Sicherheitsleistung. — Wegen dieser drei Bestandtheile des Armeneides, dessen Formel in der Kammergerichtsordnung wörtlich vorgezeichnet ist, kann derselbe nach gemeinem Rechte nie ganz erlassen werden [11]). Denn die beiden letzten Punkte lassen sich durch kein anderes Surrogat ersetzen.

V. Liegt nun ein so beschaffenes Gesuch um Ertheilung des Sportelcredits vor, dann soll das Gericht, bei welchem das Gesuch angebracht worden ist und werden mußte, in Ansehung der armen Partei und insbesondere des armen Klägers untersuchen, ob der Anspruch, den derselbe verfolgen will, nicht etwa unverkennbar unzulässig und ungegründet sei. Denn in diesem Falle soll die Klage und folgeweise das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts ohne Weiteres abgewiesen werden [12]). Kann aber gegen die Gültigkeit des Anspruchs oder gegen die Vertheidigung des Armen etwas sofort nicht vorgebracht werden, oder beruhigt sich derselbe bei dem seinen Anspruch abweisenden Decrete nicht, indem er Rechtsmittel einwendet oder demungeachtet auf rechtlichem Gehör beharrt, dann hat das Gericht einen bestimmten Tag festzusetzen und den Armen vorzuladen, um den offerirten Armeneid wirklich abzuleisten, oder sollte das nicht thunlich sein, z. B. wegen Krankheit des Armen, die Behörde des Wohnorts desselben zu dem Ende zu requiriren. Die Gegenpartei wird bei diesen Schritten überall weder gehört, noch nothwendigerweise zugezogen, weil ihre Rechte im Processe in keiner Weise darunter leiden, mag der Gegner das Armenrecht erlangen oder nicht, indem sie darum an Sporteln und Verlägen nicht mehr und nicht weniger bezahlt, als sie sonst zu bezahlen hatte. Daher sind auch alle Rechtsmittel [13]), welche von der Gegenpartei gegen die Beschlüsse

11) Kammergerichtsordnung, a. a. O., Tit. 41, 1, Tit. 78. Reichsabschied von 1566, §. 105. Vergl. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, I, 209. Albrecht, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XI, 100 fg. Anderer Meinung sind Linde, Lehrbuch, §. 120, Note 12; Bayer, a. a. O., S. 24, welchen ein eidliches Versprechen der Nachzahlung genügt.

12) Kammergerichtsordnung, a. a. O., Tit. 41, §. 2.

13) Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, III, 203.

ergriffen werden, die sich ausschließend mit diesem Gegenstande beschäftigen, völlig unzulässig. Namentlich aber hindert die Bewilligung des Armenrechts die Gegenpartei nicht daran, wenn es nach von ihr gewonnenem Processe zur Execution gegen den Armen kommt, nachzuweisen, daß derselbe allerdings noch Vermögen besitze, welches als Executionsgegenstand vorgeschlagen wird, ohne daß die Bescheinigung der Armuth und der geleistete Armeneid, als zu ganz anderm Zwecke vorgenommen und daher als res inter alios acta, dem präjudiciren könnte. — Ist nun aber der Armeneid wirklich geleistet, dann erfolgt entweder in einem besondern Decrete oder als Anhang eines andern, ein ausdrücklicher Beschluß des Gerichts, durch welchen der Sportelcredit bewilligt wird, und erhält der Gegner von diesem Beschlusse Nachricht.

VI. Die Wirkungen des erlangten Sportelcredits äußern sich aber theils a) bei Führung des Rechtsstreits, für welchen er bewilligt wurde, theils b) bei Abfassung des Endurtheils, theils c) bei Vollstreckung desselben. In ersterer Beziehung (zu a) bestehen sie darin, daß weder die arme Partei zu ihren Eingaben an das Gericht, noch dieses in seinen Erlassen an die arme Partei oder in solchen, deren Kosten dieser, als Extrahentin, zur Last fallen, Stempelpapier zu nehmen hat; vielmehr diese Eingaben ebenso wie die Erlasse als „Armensache" bezeichnet, die Beträge des Stempelpapiers zwar zu den Acten notirt, aber als „suspendirt" bezeichnet, und ferner daß die der armen Partei zufallenden Kosten zwar zu den Acten berechnet, aber nicht eingehoben werden. Es erstreckt sich dies Verfahren auf alle Instanzen, an welche der Rechtsstreit gelangt, und nicht blos auf die Kosten, welche der Staatskasse zufallen, sondern auch auf die besondern Gebühren der Gerichtsbeamten, mögen es Richter oder Subalterne sein. Baare Verläge dagegen ist kein Gericht nach gemeinem Rechte verbunden für die arme Partei zu machen, diese hat vielmehr der Arme selbst zu beschaffen oder er verliert das Recht solche Proceßschritte zu verlangen, welche zum Wesen des Processes nicht nothwendig gehören und ohne baaren Vorschuß nicht gemacht werden können, z. B. die Versendung der Acten zum auswärtigen Spruche. Zwar haben Proceßrechtslehrer[14]), gestützt auf die

14) Leyser, Medit., spec. 85, m. 5. Gensler, Handbuch, S. 205 fg.

peinliche Gerichtsordnung Karl V. und auf die Analogie des Kammergerichts das Gegentheil behauptet, allein mit Unrecht. Denn die Vorschriften dieser Gerichtsordnung für den Criminalproceß gegen arme Delinquenten können sich nicht auf arme Parteien in Civilsachen beziehen, da die peinliche Gerichtsordnung überhaupt keine Quelle des Civilprocesses ist (§. 4, X.); die Analogie des Reichskammergerichts aber ist auf Landesgerichte nicht anwendbar, weil jenes einen eigenen Armenseckel hatte, dessen Bestimmung war, arme Parteien positiv mit Geld zu unterstützen, solche Armenseckel jedoch bei den Territorialgerichten nicht eingeführt sind, und weil die Unterstützung, welche arme Sollicitanten aus jenem Seckel zur Rückkehr in die Heimat erhielten, nicht ein Vorschuß zu eigentlichen Proceßhandlungen war, sondern nur gegeben wurde, um lästige Personen vom Sitze des Kammergerichts zu entfernen. Manche Landesgesetze haben jedoch in dieser Beziehung andere Grundsätze unter verschiedenen Modificationen aufgestellt, z. B. in Sachsen für Fälle, wo in der Läuterungsinstanz das Erkenntniß von einem Spruchcollegium eingeholt werden muß. Sollte übrigens während des Laufes des Rechtsstreits die Partei, welche das Armenrecht erhalten hat, ohne Rücksicht auf den Rechtsstreit, zu Vermögen gelangen, so hört der Sportelcredit sogleich auf und es wird eine specificirte Rechnung über die notirten Stempelbeträge und Sporteln der reichgewordenen Partei zur alsbaldigen Bezahlung zugestellt. — (Zu b) Am Schlusse des Rechtsstreits aber, für welchen der Sportelcredit bewilligt war, und namentlich bei Abfassung des Endurtheils wird auf denselben keine Rücksicht genommen, sondern über die Pflicht der Parteien einander die Proceßkosten zu ersetzen so erkannt, als wäre keiner der Parteien das Armenrecht ertheilt worden. Denn um der Zukunft willen, insbesondere wegen der Möglichkeit, daß die arme Partei demnächst zu Vermögen gelange, muß selbst die arme Partei, wenn es die Lage der Sache mit sich bringt, in die Kosten verurtheilt werden, damit nicht die Rechtskraft des Endurtheils der

---

Linde, Lehrbuch, §. 120, nach Clem. 1, de censib. (3, 13); Peinliche Gerichtsordnung, Art. 47, 219, §. 2; Kammergerichtsordnung, Th. I, Tit. 53. — Dagegen s. Gönner, a. a. O., I, 24. Schmid, a. a. O., S. 207. Bayer, a. a. O., S. 24.

siegenden Partei entgegenstehe, sobald dieselbe die Kosten des Processes von der unterliegenden armen Partei, falls diese zu Vermögen gelangt ist, ersetzt verlangen will. Dies würde aber dann der Fall sein, wenn das Endurtheil über die Pflicht zum Kostenersatze schwiege (s. Comp. §. 108, Note a). Dagegen kann aber eine unterlegene arme Partei nicht etwa statt der Kosten mit Strafe belegt werden, weil die Erstattung der Kosten des Rechtsstreits nicht als Strafe, sondern nur als Schadenersatz zu betrachten ist[15]). Gewinnt jedoch die arme Partei den Proceß, und wird der Gegner zum Kostenersatz verurtheilt, so kann derselbe, um sich der Pflicht des Ersatzes sämmtlicher Kosten zu entziehen, nicht darauf sich berufen: die arme Partei habe keine Kosten in dem Rechtsstreite gehabt; vielmehr wird derselbe durch die Verurtheilung in die Kosten verpflichtet, auch die für die arme Partei blos adnotirten Kosten gerade so zu bezahlen, als hätte diese sie baar ausgelegt. — Wenn endlich (zu c) die arme Partei durch den Ausgang des Rechtsstreits, mag er durch ein Erkenntniß oder einen Vergleich herbeigeführt werden, zu einigem Vermögen gelangt, so ist sie vor allen Dingen verpflichtet, die creditirten Gerichtskosten zu bezahlen. Das gemeine Recht gibt daher den Gerichten die Befugniß, selbst das Streitobject, welches der Arme errungen hat, zur Bezahlung der creditirten Gerichtskosten zu verwenden, sollte auch dasselbe nicht hinreichen, um, nach deren Abzug, dem Armen einen Ueberschuß von Bedeutung zu gewähren[16]). Unter solchen Umständen geschieht es nun nicht selten, daß der Gegner der armen Partei, wenn der Verlust des Rechtsstreits zu befürchten steht oder schon eingetreten ist, einen Vergleich anbietet, wonach er sich verbindlich macht, dem Armen

15) L. 1, i. f. D. de poenis (48, 19). L. 5 C. de fruct. et lit. impens. Reichskammergerichtsordnung, Th. I, Tit. 41, §. 13. Aus letzterer Stelle scheint das Gegentheil sich zu ergeben; allein das kann nicht unbedingt gemeint sein, da öffentliche Strafe und Schadenersatz keine Surrogate für einander sind, und jene Stelle nur von Bestrafung Desjenigen redet, welcher, wie bei dem Austrage des Rechtsstreits sich erst ergeben hat, böswilliger oder muthwilliger Weise verfahren ist, z. B. durch einen Versuch Zeugen zu bestechen. (Siehe §. 39.)

16) Reichskammergerichtsordnung, Th. I, Tit. 41, §. 1. Landesgesetze enthalten in dieser Richtung häufig billige Einschränkungen.

einen größern oder geringern Theil des Streitobjects außergerichtlich zu gewähren, wenn ihm nur etwas von seinen Verpflichtungen nachgelassen wird, und daß dann die arme Partei in der Aussicht, daß die Gerichtskosten doch zunächst von dem Erstrittenen abgehen würden, bereit ist einen solchen Vergleich einzugehen, um sich selbst den Genuß wenigstens eines Theils des Errungenen zu sichern. Allein die Gerichte, welche den Sportelcredit bewilligt haben, erkennen einen solchen, ohne ihre Zustimmung abgeschlossenen Vergleich als gültig nicht an, und nehmen auf die etwa außergerichtlich an die arme Partei geleistete Zahlung insofern keine Rücksicht, als nun die creditirten Gerichtskosten von derselben nicht mehr zu erlangen sind, halten vielmehr dann den Gegner der armen Partei auch zur Zahlung der Sportelschuld dieser an. Denn man betrachtet vermöge des eidlichen Versprechens dereinstiger Nachzahlung der creditirten Gerichtskosten, welches einen Theil des Armeneides bildet, das Streitobject als mit Arrest belegt, da auch dem Gegner die geschehene Bewilligung des Sportelcredits durch das Decret, welches dieselbe ausspricht, zu seiner Nachricht bekannt gemacht ist. Vermöge dieser Ansicht kann dann der Arme über den Gegenstand des Rechtsstreits ohne Zustimmung des Gerichts gültigerweise nicht disponiren, und es ist daher dessen Gegner bei Eingehung solcher Vergleiche und darauf hin geleisteten Zahlungen Vorsicht ganz besonders zu empfehlen.

§. 11.

II. Eigentliche Proceßgrundsätze.

a) Von der rechtlichen Natur der Proceßordnungen.

I. Während in dem bisherigen ersten Abschnitte dieses Capitels Fundamentalprincipien der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie entwickelt wurden, welche mit dem öffentlichen Rechte, der Staatsverfassung, in engerer Verbindung stehen, ist nunmehr zur Darstellung derjenigen Grundsätze, welche mit der Proceßtheorie selbst unmittelbar zusammenhängen, überzugehen. Zu diesen letztern ist nun vor Allem die Vorfrage zu rechnen, aus

welchen Quellen die in jedem einzelnen Rechtsstreite zu befolgende Proceßtheorie zu schöpfen sei. Es beantwortet sich diese aber nach gemeinem Rechte dahin, daß, wenn auch die Privatrechtsverhältnisse in der Regel zunächst nur nach der Willkür der Interessenten, also nach den von denselben errichteten Verträgen, Testamenten u. dergl. sich richten, und nur für den Fall des Mangels einer solchen Bestimmung aus den bestehenden Gesetzen zu beurtheilen sind, die Theorie der gerichtlichen Behandlung jedes einzelnen Civilrechtsstreites einzig und allein aus den gültigen Gesetzen mit Einschluß des Gewohnheitsrechts herzuleiten ist, indem die Proceßordnungen keineswegs eine blos subsidiarische Gesetzeskraft genießen, sondern in ihrem Bereiche die Willkür der streitenden Theile regelmäßig ganz ausschließen.

II. Für die Richtigkeit dieses Grundsatzes spricht zuvörderst die Natur des Rechtsverhältnisses, welches bei der gerichtlichen Behandlung eines Rechtsstreits zwischen dem Hauptsubject desselben, dem Gerichte und den Parteien, stattfindet. Dieses Rechtsverhältniß beruht nämlich, wie bereits oben (§. 9) gezeigt wurde, auf der Unterwerfung der Parteien unter die öffentliche Gewalt des Gerichts, welches in dem einzelnen Falle angerufen wird. Schon hieraus folgt von selbst, daß solche Untergebene durch ihre Willkür dem ihnen vorgesetzten Gerichte, welches von ihnen unabhängig im Namen des Staats dessen Justizhoheit verwaltet, Regeln für das Verfahren, an welchem das Gericht nicht nur Antheil nimmt, woraus es vielmehr den alleinigen Stoff seiner eigenen Thätigkeit herzunehmen hat, zu ertheilen und vorzuschreiben nicht berechtigt sein können. Dazu kommt ferner der bekannte Grundsatz, daß Verträge nur die Contrahenten, nicht aber von ihnen unabhängige Dritte zu verpflichten vermögen. Wollte man aber deshalb mehr nicht als die Einwilligung des Gerichts zu jeder conventionellen Proceßführung erfordern, so würde diese — abgesehen davon, daß die sämmtlichen Gerichte, welche den einzelnen Fall zu behandeln hätten, diese ertheilen müßten, weil die Entschließung des einen der des andern nicht würde präjudiciren können — dennoch ganz unzulässig sein, indem die Proceßordnungen für die Gerichte eine gebietende Dienstinstruction sind, für deren gehörige Befolgung jedes einzelne Mitglied des Gerichts dem Staate gegenüber verantwortlich ist. Denn die ganze

Organisation der Gerichte eines Staats nebst der denselben ertheilten Proceßordnung ist aus Gründen des öffentlichen Wohls so geordnet und berechnet, daß allen in diesem Staate proceßführenden Parteien gründliche und möglichst schnelle Rechtspflege gewährt werden könne, daß aber auch dem Staate keine unnöthige Lasten durch das Proceßführen aufgebürdet werden. Wäre es dagegen den streitenden Parteien erlaubt, in ihren Rechtsstreitigkeiten je nach ihrem Gutdünken diese oder jene Abänderung der gesetzlichen Proceßordnung zu vereinbaren, so würde hierdurch nicht nur eine unvermeidliche Störung oder wol gar Verhinderung der Rechtspflege, sondern auch nicht selten ein unverhältnißmäßiger Kostenaufwand veranlaßt werden, dieses Alles aber mit dem allgemeinen Wohle des um seine Hülfe angerufenen Staats im offenbarsten Widerspruche stehen. Deshalb muß auch für die Behandlung aller bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor Gericht der Grundsatz Anwendung finden: Jus publicum pactis privatorum mutari nequit. — Dieser aus der Natur der Verhältnisse hergenommene Beweis für den oben aufgestellten Grundsatz wird aber auch durch die Aeußerungen des positiven Rechts, namentlich des Römischen, unterstützt, indem dasselbe bei Gelegenheit einer Anerkennung der freien Befugniß zu testiren ausdrücklich hinzufügt: Non autem jurisdictionis mutare formam vel juri publico derogare cuiquam permissum est (L. 13 C. de testamentis), sowie es auch in Ansehung der Verträge die Rechtsregel aufstellt: Nec ex praetorio nec ex solenni jure privatorum conventione quidquam immutandum est quamvis obligationum causae pactione possint immutari — — quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur (L. 27 de reg. jur.)[1]. Man hat wol diesen Bestimmungen entgegen sich auf Clem. Saepe etc. de verbor. signif. (5, 11) berufen, weil darnach den streitenden Theilen, zu deren Gunsten eine summarische Proceßart für ihren Rechtsstreit an-

---

1) Zwar folgen in dieser Stelle noch die Worte: nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit, allein diese beziehen sich nicht sowol auf den Proceßgang, als auf den Zeitpunkt der Entstehung des Klagrechts, welches allerdings durch Nebenverträge modificirt werden kann. Vergl. Petri Fabri, Comment. ad tit. de Reg. jur. 1602, p. 163.

geordnet ist, die Befugniß eingeräumt wird hierauf zu verzichten und die Sache im Wege des ordentlichen Processes zu verhandeln; allein ohne damit für die entgegengesetzte Ansicht etwas zu beweisen. Denn wenn auch nach dieser Stelle den Parteien die Befugniß eingeräumt ist, zwischen zwei gesetzlich gleichmäßig begründeten Proceßarten zu wählen, so ist denselben damit noch keineswegs die Befugniß gegeben, den Gerichten positive Vorschriften für das Verfahren zu geben, welche in den Gesetzen nicht begründet sind, und das müßte doch in der Stelle ausgesprochen sein, wenn man daraus den Beweis für die Statthaftigkeit einer conventionellen Proceßtheorie ableiten wollte[2]). — Mit diesem Grundsatze stehen endlich im Einklange diejenigen Ausnahmen, welche auch das Römische Recht schon anerkennt[3]). Sie bestehen nämlich lediglich in der den Parteien eingeräumten Befugniß, auf einzelne Proceßhandlungen Verzicht zu leisten, welche für unentbehrlich[4]) zur Entscheidung des Rechtsstreits nicht betrachtet worden sind, wie z. B. daß Parteien, welche frei über das Ihrige disponiren können, berechtigt sind, auf die Beeidigung der Zeugen zu verzichten, ohne dadurch deren Glaubwürdigkeit zu schaden. Sobald hingegen aus einer solchen Verzichtleistung auch nur eine Verzögerung des gerichtlich anhängigen Rechtsstreits entstehen würde, treten die Worte der L. 13, §. 1, i. f. C. de judic. in Wirksamkeit: Hoc etenim judicialis magis esse potestatis nemo est, qui ignoret; nam si ipsi judices voluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito iudice litem protelare. Wollte man dagegen erinnern, daß die Parteien ja auch während eines anhängigen Rechtsstreits Eigenthümer des Streitobjects blieben und darüber zu verfügen immer noch berechtigt seien, mithin ein gleiches Recht auch rücksichtlich der Proceßführung genießen müßten,

---

2) Siehe Brakenhöft, Erörterungen, S. 54. Anders faßt dies Schmid, Handbuch, I, §. 5 a. E. auf.

3) Diese Ausnahmen bezeichnet Linde, Lehrbuch, §. 39 a. E. als Conventionalproceß. Heffter, Instit. des Civilprocesses, S. 163. — Zu weit aber geht Glück, Commentar, VI, S. 70, und Thibaut, System des Pandektenrechts, §. 1055.

4) L. 5, 6, C. de temp. et reparat. appell. (7, 63). L. 3, 4, C. de priv. schol. (12, 30). Cap. 39 X. de testib. (2, 20). Kind, Quaest. (edit. 2), tom. 3, cap. 12.

da diese nur ein Mittel zur Erlangung jenes Gegenstandes wäre, also keine andern Rechte, als der Gegenstand selbst haben könne, so würde dieser Einwand leicht beseitigt, theils durch die Vorschrift in Nov. 113, cap. 3, wo auf den wichtigen Unterschied aufmerksam gemacht ist, welcher zwischen einem bereits bei Gericht anhängig gemachten Rechtsstreit und einem solchen, welcher erst begonnen werden soll, besteht, indem der erstere auf gesetzliche Art, sei es auch durch einen Vergleich der Parteien beendigt werden muß, während in Ansehung des letztern es der Willkür des Klägers überlassen ist, ob und wann er ihn beginnen wolle; theils durch die Bestimmungen in L. 2 C. de litigiosis (8, 37)[5]), wonach die Disposition über den Streitgegenstand nur dann gestattet ist, wenn dadurch der Gang des Rechtsstreits nicht gestört wird.

III. Rechtfertigt sich aus dem so eben Ausgeführten die Behauptung, daß es eine conventionelle Proceßtheorie für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche vor Gericht verhandelt werden, nicht gibt, daß vielmehr diejenige Civilproceßtheorie, welche auf den Gesetzen einschlüssig eines gültigen Gewohnheitsrechts beruht, die einzige ist, welche nach gemeinem Rechte vor Gericht Anwendung findet, so entsteht dann die weitere wichtige Frage: welches Landes oder Ortes Proceßgesetze im einzelnen Rechtsstreite zu beobachten sind. Dies ist allerdings nicht selten sehr zweifelhaft, einmal weil ein Anspruch in einem andern Staate oder vor einem andern Gerichte verfolgt wird, als wo die streitenden Theile wohnen, oder der Gegenstand des Rechtsstreits belegen ist, oder das streitige Rechtsverhältniß seinen Ursprung erhielt; bei den verschiedenen Gerichten aber wesentlich von einander abweichende Proceßordnungen gelten, welche gleichwol in demselben Rechtsstreite wenigstens zum Theile ihre Wirksamkeit äußern; — dann aber weil die Proceßgesetze des angerufenen Gerichts nach und nach ganz oder theilweise Veränderungen erlitten haben und es daher zweifelhaft ist, ob das ältere oder neuere Proceßgesetz im

5) L. 2 C. de litigiosis (8, 37): Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus, vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat: tanquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda.

einzelnen Falle anzuwenden ist. Im erstern Falle spricht man von einer Collision coordinirter, im letztern von einer Collision subordinirter Proceßgesetze. Indem nun in diesen beiden Richtungen die nachstehende Erörterung mit der angeregten Frage sich beschäftigen wird, ist zu gedenken, daß sie sich lediglich darauf beschränken muß, Dasjenige, was bei Behandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits als die richtigere Theorie erscheint, darzustellen.

IV. Bleibt man also zuerst bei der Collision coordinirter Proceßgesetze[6]) von verschiedenem Inhalte, welche bei dem nämlichen Rechtsstreite Anwendung finden zu müssen scheinen, stehen, so haben manche Rechtslehrer als uneingeschränkt geltenden Grundsatz aufgestellt, daß jedes Gericht, welches mit dem einzelnen Rechtsstreite zu thun hat, soweit seine Beschäftigung dabei geht, sich einzig und allein nach den in seinem Bezirke geltenden Gesetzen zu richten habe, ohne zu berücksichtigen, ob bei andern, ebenfalls inländischen Gerichten abweichende Gesetze gelten und vielleicht zum Theil auf dieselbe Rechtssache anzuwenden sind. Daher soll z. B. ein requirirtes Gericht oder eine höhere Instanz, welche einzelne Schritte oder Abschnitte eines Rechtsstreits zu behandeln bezüglich zu beurtheilen hat, ihre eigene Theilnahme an demselben nur nach den Proceßgesetzen zu bemessen haben, welche für sie selbst verbindende Kraft genießen. Allein diese Behauptung läßt sich ebenso wenig ohne alle Einschränkung zugeben, wie man der Ansicht beipflichten kann, daß das Gericht, bei welchem ein Rechtsstreit anhängig gemacht ist, nicht allein in Ansehung der processualischen Befugnisse und Verpflichtungen, sondern sogar auch bei Beurtheilung der Materialien des Rechtsstreits sich ausschließend nach den Gesetzen zu richten habe, welche im Bezirke dieses Gerichts Gesetzeskraft genießen, sollten gleich am Orte der Entstehung des streitigen Rechtsverhältnisses (also z. B. am Orte des eingegangenen Vertrags, über welchen der Rechtsstreit geführt wird, oder am Orte des belegenen Grundstücks, von

---

6) Vergl. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, XIII, 293—316. Schäffner, Entwurf des internationalen Privatrechts (Frankfurt 1841). Schmid, a. a. O., I, §. 7, als besonders lehrreich und den ganzen Umfang der Frage behandelnd aber v. Wächter im Archiv für civilistische Praxis, XXIV, 230—311; XXV, 1—60, 161—200, 361—419.

dessen Vindication die Frage ist, oder endlich am Wohnorte der streitenden Theile in Ansehung ihrer persönlichen Befähigung, auf die es im einzelnen Falle ankommt) völlig von einander abweichende Gesetzvorschriften bestehen.

V. Die Unrichtigkeit der zuletzt erwähnten Theorie ergibt sich auf das Bestimmteste aus der rechtlichen Natur der endlichen Entscheidungen aller Rechtsstreitigkeiten, der sogenannten Definitivurtheile. Denn diese sollen ihrer Bestimmung nach neue Rechtsverhältnisse zwischen den streitenden Theilen nicht erzeugen[7], sondern wenigstens in Ansehung der Hauptsache nur diejenigen Befugnisse und Pflichten derselben, welche bereits vor dem angefangenen Rechtsstreite zwischen ihnen vorhanden waren, als bestehend aussprechen und nur die Folgerungen hinzufügen, welche hieraus für das Benehmen der Parteien sich ergeben. Das spricht der Jurist in Bezug auf einen einzelnen Fall durch die Worte sehr bestimmt aus: Quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari; L. 8, §. 4, D. si servitus vindicetur (8, 5). Aus diesem Grundsatze folgt nothwendig, daß dasjenige Gericht, welches einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, auf die Vergangenheit zurückgehen muß, in welcher das bestrittene Rechtsverhältniß seine Entstehung erhalten hat, weil in Fällen, wo diese Entstehung an wesentlichen Fehlern gleich anfangs litt, das fragliche Rechtsverhältniß selbst gar nicht vorhanden, sondern als nichtig zu betrachten ist, in solchen Fällen hingegen, wo bei der Entstehung selbst nur Modificationen hinzugefügt sind, welche rechtliche Wirkungen für die Interessenten erzeugen, die Gültigkeit der Hinzufügung geprüft werden muß. Sobald nun am Entstehungsorte des zu beurtheilenden Verhältnisses Gesetze in Bezug auf dieses Geltung haben, welches von den für den Ort, wo der Rechtsstreit über das fragliche Rechtsverhältniß zur Entscheidung kommt, geltenden, in ihrem darauf bezüglichen Inhalte abweichen, so ist es natürlich, daß die Gerichte nach den Gesetzen des Entstehungsortes, sollten dieses auch ausländische sein, das zu entscheidende Rechtsverhältniß beurtheilen müssen. Denn insoweit diese Gesetze gebietende oder verbietende waren,

7) Eine sehr beschränkte Ausnahme von dieser Regel machen die Theilungsklagen.

hatte jede im Kreise ihrer Gültigkeit handelnde Person die Verpflichtung nach ihren Vorschriften sich zu richten, weil man keinem Ausländer die Befugniß einräumt, im Auslande Rechtsgeschäfte abzuschließen, wenn er sich nicht den dortigen Gesetzen dabei unterwirft, also temporärer Unterthan der dortigen Staatsgewalt wird. Daher müssen alle Handlungen einer Partei oder deren Vorfahren, mit Einschluß der Unterlassungen, mögen es einseitige oder zweiseitige, erlaubte oder unerlaubte sein, in Ansehung ihrer rechtlichen Gültigkeit und der daraus folgenden Wirkungen nach dem Inhalte der gebietenden oder verbietenden Gesetze beurtheilt werden, unter deren Herrschaft das handelnde Subject damals gestanden hat. Wenn aber nach diesen Gesetzen aus der Handlung ein gültiges Rechtsgeschäft nicht entstanden ist, sondern das Benehmen von vornherein als null und nichtig anzusehen war, so kann daraus auch an keinem andern Orte ein gültiges Rechtsgeschäft als existent geworden betrachtet werden, wenn nicht etwa später neue gültige Entstehungsgründe hinzugetreten sind; wogegen, wenn das streitige Rechtsverhältniß am Orte seiner Entstehung als ein zu Recht bestehendes und verbindendes anzusehen war, dessen rechtliche Existenz aller Orten anerkannt werden muß. Insoweit also gilt die Regel: Locus regit actum[8]); jedoch nicht ohne alle Beschränkung. Ist nämlich 1) der Gegenstand, auf welchen das Rechtsverhältniß unmittelbar einwirken soll, ein unbeweglicher und an einem andern Orte gelegen, als wo der Contract oder die sonstige Begründung dieses Rechtsverhältnisses zur Entstehung kam, so muß bei Beurtheilung eines solchen dinglichen Verhältnisses auch noch auf diejenigen Gesetze Rücksicht genommen werden, welche an dem Orte der belegenen Sache für die gültige Begründung von dergleichen Realrechten und Lasten ergangen sind, indem diese dafür die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, z. B. der gerichtlichen Confirmation oder Eintragung in das Hypothekenbuch u. s. w., vorzuschreiben pflegen. Für unbewegliche Sachen ist nämlich der natürliche Grundsatz längst anerkannt:

---

8) Kritz, Rechtsfälle, II, 85 fg. (über die Beurtheilung der contractlichen Verbindlichkeit eines Inländers nach den Gesetzen des Auslandes), das. S. 80 fg. (über das locus regit actum bei Wechseltratten). Siehe auch Seuffert, Archiv II, Nr. 119.

Quod est in territorio, est etiam de territorio, woraus denn ganz richtig gefolgert wird, daß kein Staat gestattet, daß Jemand über Grundstücke, welche doch einen Theil seines Gebiets bilden, auf andere Weise verfügen dürfe, als nach Maßgabe der Gesetze des Staats, zu welchem das in Frage stehende Grundstück gehört. Kein Gericht, auch des Auslandes, vor welchem etwa ein Rechtsstreit über dergleichen Realrechte und Lasten geführt wird, kann mithin eine richtige Entscheidung über deren Existenz und Umfang oder sonstige rechtliche Natur blos declaratorisch ertheilen, ohne die Gesetze des Gebiets zu berücksichtigen, in welchem das streitige Grundstück belegen ist. Nicht dasselbe gilt von den Mobilien. Denn da diese den Ort ihrer Situation so häufig ändern und als Bestandtheile eines Staatsgebiets nicht betrachtet werden können, so werden die Gesetze des Orts, wo über sie verfügt worden ist, allein über die Gültigkeit dieser Disposition und deren rechtliche Folgen besonders dann entscheiden müssen, wenn die verfügenden Personen dieselben bei sich führen. Darum stellten schon die Glossatoren, namentlich in Bezug auf unkörperliche Gegenstände, wie z. B. Capitalforderungen (nomina), den Grundsatz auf: Ossibus inhaerent, d. h. diese und andere dergleichen Sachen befinden sich jeder Zeit an dem Orte, wo sich die Person aufhält, welcher eine Berechtigung zur Disposition darüber zusteht. — 2) Aber auch die persönliche Fähigkeit handelnder Personen zur Begründung gewisser Rechtsverhältnisse wird häufig weder nach den Gesetzen des Entstehungsorts, noch nach denen der belegenen Sache, sondern einzig und allein nach den Gesetzen des **Wohnorts** derselben beurtheilt werden können. Das gilt aber nicht von der speciellen Befähigung zu Eingehung einzelner Rechtsgeschäfte, z. B. zu gewissen Gattungen von Verträgen, sondern lediglich von der allgemeinen Rechtsbefähigung, wie z. B. von der Volljährigkeit, der Eigenschaft eines Verschwenders u. dergl. Denn wollte man diese Eigenschaften eines Rechtssubjects von dem zufälligen Aufenthaltsorte desselben abhängig machen, so würden hieraus unauflösliche Schwierigkeiten entstehen und ganz widersprechende Folgerungen veranlaßt werden. Um dies zu vermeiden, ist man daher darüber einverstanden, daß dergleichen allgemeine Rechtsfähigkeitsbegründungen sich lediglich nach den Vorschriften der Gesetze des Wohnorts richten und dann aller Orten

im In- und Auslande unveränderlich darnach beurtheilt werden, sollten gleich am Orte eines abzuschließenden Vertrags, eines zu errichtenden letzten Willens oder der belegenen Sache gesetzliche Bestimmungen von ganz abweichendem Inhalte in Beziehung auf diese Eigenschaften vorhanden sein. Der Sachse also, welcher bereits mit 21 Jahren volljährig geworden ist, wird auch in Preußen als solcher beurtheilt, obgleich daselbst die Volljährigkeit erst mit beendigtem 24. Lebensjahre erlangt wird, sowie umgekehrt der nämliche Grundsatz gelten würde, daß ein 23jähriger Preuße auch bei seinen in Sachsen vorgenommenen Handlungen noch als minderjährig betrachtet werden müßte. — 3) Endlich ist nicht zu übersehen, daß bei solchen Geschäften, welche am Orte des Abschlusses deshalb vollkommen gültig waren, weil kein gebietendes oder verbietendes Gesetz ihnen dort entgegenstand, doch von den übrigen Gesetzen dieses Orts diejenigen nicht zur Anwendung kommen, welche nur Erlaubniß zu gewissen Handlungen ertheilen, also permissive Gesetze sind und deshalb durch die Willensäußerung der Parteien in der Weise ausgeschlossen werden, daß sie nur dann subsidiarische Anwendung leiden, wenn etwas Anderes von den Parteien nicht verabredet oder bestimmt worden ist[9]). In solchen Fällen würde nicht das Gesetz dieser Art, sondern die Willensbestimmung der Parteien, die bei der Entstehung des Geschäfts vorhanden war, die nächste Entscheidungsnorm abgeben müssen, und nur im Falle des Mangels genauerer solcher Bestimmungen würden die Parteien berechtigt sein die rechtlichen Folgen für sich in Anspruch zu nehmen, welche mit ihren dortigen Handlungen laut der daselbst geltenden Gesetze verknüpft sind, kein Gericht aber andere Folgen dafür zu substituiren befugt sein.

VI. Wurde durch das Bisherige dargethan, daß die Gerichte bei endlicher Entscheidung eines Rechtsstreits und überhaupt so oft die Materialien eines solchen zu prüfen sind, unvermeidlicher-

---

9) L. 6 D. de evict. (21, 2). Si fundus venierit ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. L. 34 D. de reg. juris. Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequitur, quod actum est, aut si non pareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur.

weise auch andere Gesetze anzuwenden haben, als diejenigen, welche in ihrem Gerichtsbezirke gelten, so muß man dagegen behaupten, daß in Beziehung auf alle processualische Befugnisse und Verbindlichkeiten sämmtlicher Personen, welche an der Führung eines gerichtlichen Rechtsstreits Antheil nehmen, der Gerichte, der Parteien und aller Nebenpersonen, einzig und allein die Proceßgesetze in Anwendung zu bringen sind, welche für dasjenige Gericht bestehen, vor dem der einzelne Rechtsstreit, sei es ganz oder auch nur theilweise, verhandelt wird [10]). — Einige Rechtslehrer haben dies durch den Ausdruck der Formalien der Proceßführung bezeichnen zu können geglaubt, allein das führt leicht zu Misverständnissen, indem obige Regel nicht allein für die äußere Gestalt der Proceßschritte gilt, was gewöhnlich das Formelle genannt wird, sondern ebenso entscheidend auch für die Vorfrage ist, ob man befugt sei, einen gewissen Proceßschritt überhaupt vorzunehmen, z. B. einen Beweis durch Zeugen zu führen oder einer Appellation sich zu bedienen u. dergl. mehr, was doch keine bloße Formalität enthält. Richtiger ist es daher, die ausschließliche Anwendbarkeit der Proceßgesetze eines Gerichts auf alle processualische Befugnisse und Verbindlichkeiten zu erstrecken, die schon oben (§. 2, I.) den sogenannten meritis causae entgegengesetzt wurden, und welche nicht nur mancherlei Formalitäten betreffen, sondern auch viele sehr reelle Befugnisse und Verbindlichkeiten in sich begreifen.

VII. Die Richtigkeit des so eben allgemein für die processualischen Befugnisse und Pflichten aller bei einem Rechtsstreite als handelnd auftretenden Personen aufgestellten Grundsatzes erweist sich aber zunächst A) aus der rechtlichen Natur dieser Befugnisse und Pflichten, welche ihre Existenz nur erst durch die Schritte äußern, welche bei Führung eines Rechtsstreits in Gemäßheit derselben unternommen werden können oder müssen. Unleugbar sind dieses Handlungen, welche an dem Orte vorkommen, wo sich das Gericht befindet, welches an ihnen Theil nimmt. Nach obiger Regel müssen solche daher nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden, wo diese rechtliche Handlung existent werden soll, und das sind keine andern, als die Proceßordnungen des bei ihnen mitbe-

---

10) Vergl. Seuffert, Archiv für Entscheidungen, Bd. 4, Nr. 249.

theiligten Gerichts. Es kann mithin bei allen diesen Fragen nichts auf den Entstehungsort des streitigen Rechtsverhältnisses selbst ankommen, indem von diesem Material des Rechtsstreits die processualischen Befugnisse und Verbindlichkeiten aus dem Grunde genau zu unterscheiden sind, weil letztere zufällig in ihrer Entstehung sind, andere Subjecte betreffen, als jenes Material und endlich auch eigenthümliche Wirkungen erzeugen, welche von denen des bestrittenen Rechtsverhältnisses völlig abweichen. — Zufällig in ihrer Entstehung sind nämlich alle processualische Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Grunde, weil sie nur erst durch eine Rechtskränkung erzeugt werden, welche die Veranlassung dazu gibt, gerichtliche Hülfe in Bezug auf das verletzte Recht zu suchen. Nicht der Erwerb eines Eigenthums oder andern dinglichen Rechts, nicht die Eingehung eines Vertrags oder dem ähnlichen Rechtsverhältnisses erzeugt ja die Rechtsstreitigkeiten, welche über jene wie diese geführt werden, vielmehr sind dergleichen nur erst die Folge einer verweigerten Anerkennung oder geschehenen Verletzung der genannten Rechte, und es ist doch etwas sehr Zufälliges, ob überhaupt dergleichen Kränkungen vorfallen. Sollten jedoch auch wirkliche Veranlassungen zu einem Rechtsstreite sich bei bestimmten Personen ereignen, so kann es ferner nur zufällig sein, wenn die Rechtskränkung an demselben Ort und zu derselben Zeit stattfindet, wo das gekränkte Recht seinen Ursprung erhalten hat. Es fehlt daher an allem rechtlichen Grunde die processualischen Rechte und Pflichten von den Gesetzen desjenigen Orts abhängig zu machen, wo das gekränkte Recht entstanden ist, sobald die gerichtliche Rechtsverfolgung wegen dieser Kränkung in einem Bezirke geschieht, in welchem jene Gesetze keine verbindende Kraft haben. Daher können selbst Ansprüche auf Entschädigungen wegen verübter Verbrechen, obgleich solche jederzeit an dem Orte des begangenen Verbrechens und gleichzeitig mit dessen Begehung entstehen, dennoch in Ansehung der Proceßbefugnisse und Obliegenheiten nur nach den Gesetzen des Gerichts beurtheilt werden, vor welchem deshalb ein Rechtsstreit geführt wird, welches aber sehr häufig nicht das forum delicti commissi, sondern der allgemeine Gerichtsstand des Verbrechers an dessen Wohnorte oder bei einem privilegirten Gerichte sein wird. — Das nämliche Resultat folgt nicht weniger aus dem Gesichtspunkte derjenigen Personen, auf

welche sich die processualischen Rechte und Verbindlichkeiten beziehen. Denn dazu gehören außer den Parteien ja auch die Gerichtspersonen aller Art, ferner die Anwälte und Advocaten, auch Vormünder und Pfleger, welche den Parteien zur Seite stehen, und doch sind diese Alle völlig dritte Personen, welche an dem bestrittenen Rechtsverhältnisse selbst gar keinen Antheil haben. Deshalb läßt sich auf keine Weise behaupten, daß die Rechte und Pflichten dieser an dem zufälligen Rechtsstreite über den Gegenstand des Processes theilnehmenden Subjecte nach den Gesetzen des Entstehungsorts des streitigen Rechtsverhältnisses abgemessen werden könnten, da diesen dergleichen dritte Personen vielleicht noch nie bis dahin unterworfen gewesen sind. Es braucht daher nicht einmal hervorgehoben zu werden, daß diese dritten Personen durch gesetzliche Gebote und Verbote des Orts, wo der einzelne Rechtsstreit geführt wird, in Ansehung ihrer Proceßrechte und Pflichten sogar außer Stand gesetzt sind, sich andern Gesetzen zu unterwerfen, sollten sie auch dazu geneigt sein. — Allein selbst in Ansehung der streitenden Theile tritt, wenigstens bei dinglichen und Zustandsverhältnissen am häufigsten, der Fall ein, daß der Beklagte eine Person ist, welche zur Entstehung des von ihm angeblich gekränkten Rechts nicht das Mindeste beigetragen hat, z. B. dritte Besitzer, und daß er eben deshalb bei einer gegen ihn erhobenen Rechtsverfolgung auf keine Weise nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden darf, wo dieses gekränkte Recht entstanden sein soll, da solche Gesetze für dergleichen Beklagte keine verbindende Kraft genießen. — Endlich erzeugen die processualischen Rechte und Pflichten auch eigenthümliche Wirkungen, welche von denen des Rechtsverhältnisses selbst völlig abweichen. Sie legen nämlich zunächst den streitenden Theilen Eigenschaften bei, welche nur mit dem Rechtsstreit entstehen und mit dessen Ende erlöschen, gleichwol von hoher Wichtigkeit sind. Es ist klar, daß dergleichen Eigenschaften, da sie nur vorübergehende, nicht aber permanente sind, nicht nach den Gesetzen am Wohnorte der Personen, welche sie vorübergehend tragen, oder nach denen, welche am Orte der Entstehung des Rechtsverhältnisses selbst gelten, beurtheilt werden können, sondern nur nach denjenigen des Orts, wo der Rechtsstreit geführt wird und mit ihm die Eigenschaften entstanden sind. Es erstrecken sich diese Wirkungen aber

auch auf die Theilnahme des Gerichts, vor welchem der Rechtsstreit zum Austrag kommt. Da nun aber das Gericht nur im Namen desjenigen Staats, welcher es errichtet hat, die Rechtshülfe gewährt, so kann weder das Rechtsgeschäft der Parteien, noch das Gesetz, welches am Orte der Entstehung desselben galt, Einfluß auf dessen Thätigkeit äußern, sondern nur diejenigen allgemeinen Grundsätze, welche der Staat aus Gründen des Gemeinwohls darüber aufgestellt hat, welchen einzelnen Rechtsgeschäften und unter welchen Bedingungen er denselben seinen Schutz angedeihen lassen könne. Insofern also die gerichtlichen Wirkungen eines Rechtsstreits in der Theilnahme des Gerichts daran bestehen, können nur diejenigen Gesetze Anwendung leiden, welche in dem Staate, zu dem das fragliche Gericht gehört, und für dieses gegeben sind, und müssen deshalb die processualischen Rechte und Pflichten des Gerichts nur nach diesen Gesetzen sich richten.

VIII. Die zu Anfang (Nr. VI) aufgestellte Behauptung aber, daß die processualischen Rechte und Pflichten der Parteien, des Gerichts und aller beim Rechtsstreite Betheiligten sich einzig und allein nach den Proceßordnungen des Gerichts, vor welchem der Rechtsstreit geführt wird, richten müssen, folgt aber auch B) aus der rechtlichen Natur dieser Proceßgesetze selbst. Es sind nämlich jene Gesetze nicht subsidiärer Natur, können also nicht, je nach der Willkür der Parteien, ausgeschlossen werden oder nicht, vielmehr bilden sie einen Theil des öffentlichen Rechts des Staats, der sie erlassen hat, sind aus Gründen des Gemeinwohles erlassen und daher gebietender und verbietender Natur. Es ist unzweifelhaft, daß Gesetze der Art (zumal das Gemeinwohl nicht in allen Staaten auf denselben Normen beruht, auch nicht durch dieselben Mittel zu erreichen versucht wird) nicht etwa durch in andern Staaten geltende Gesetze abgeändert oder für den einzelnen Fall beseitigt werden können, was der Fall sein würde, wenn im einzelnen Falle man auf die processualischen Rechte und Pflichten die Gesetze des Orts, wo das Rechtsgeschäft entstanden ist, anwenden wollte. Das angerufene Gericht hat daher als Diener der Gesetze, nur nach den für dasselbe geltenden gebietenden und verbietenden Gesetzen die processualischen Rechte und Pflichten der beim Rechtsstreite betheiligten Personen zu beurtheilen. Die Partei aber, welche bei einem Gerichte Hülfe sucht, unterwirft sich eben da-

durch den für dasselbe geltenden gebietenden und verbietenden Gesetzen, wenigstens für diesen einzelnen Fall. Hätte nun die Partei für ein Rechtsgeschäft, welchem bei diesem Gerichte der Rechtsschutz durch dergleichen Gesetze versagt war, gleichwol Hülfe gesucht, so könnte sie den Staat der Härte nicht, vielmehr sich nur der Unwissenheit anklagen, da sie vorher hätte wissen müssen, daß jener nur solche Hülfe und nur unter solchen Bedingungen gewähren wolle, wie diese in den Proceßordnungen desselben ausgesprochen sind, die Unkenntniß der in einem Staate geltenden Gesetze aber Niemandem, der diesen, wenn auch nur zeitweise, unterworfen ist, verziehen wird[11]).

IX. Muß man nun hiernach annehmen, daß die processualischen Rechte und Pflichten nach den Gesetzen des Gerichts, vor welchem der Rechtsstreit geführt wird, einzig und allein zu beurtheilen sind, so ist nur noch festzustellen, was man als zu den processualischen Rechten und Pflichten gehörig zu bezeichnen habe. Ueber diese Begriffsbestimmung aber herrscht unter den Juristen viel Meinungsverschiedenheit. Denn wenn man auch im Allgemeinen zugibt, daß die Form aller Proceßhandlungen sich nach den Proceßordnungen derjenigen Gerichte richten müsse, vor welchen der Rechtsstreit geführt und die einzelne Handlung vorgenommen wird, so wird doch nicht das Gleiche in Bezug auf reellen Bestandtheile des Proceßverfahrens eingeräumt. Nichtsdestoweniger muß man aber die Geltung dieses Princips behaupten, weil die Gesetze, welche das Formelle betreffen, nicht wohl mehr verbindende Kraft haben können, als solche, welche das Materielle, die reellen Bestandtheile eines Processes betreffen. Hieraus folgt aber 1) daß die ganze Beweisführung in einem Rechtsstreite nicht nur in Ansehung der äußern Form, sondern hauptsächlich auch in Ansehung der Zulässigkeit und Wirkung der Beweismittel (s. §. 127 a fg.) lediglich zu beurtheilen ist, nach den Proceßgesetzen des Gerichts, bei welchem der Beweis geführt wird; daß ferner 2) die Zulässigkeit der Rechtsmittel, deren Zahl und die Bedingungen ihres Gebrauchs nur nach den Gesetzen des Gerichts beurtheilt werden, wo der Rechtsstreit anhängig, bezüglich an welches die Berufung gerichtet ist; daß end-

11) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 30, §. 6.

lich 3) die Execution rechtskräftiger Erkenntnisse, die Art wie diese zu vollstrecken sei, und auf welche Objecte sie sich beziehen müsse und könne, nur nach den Gesetzen des sie vollziehenden Richters zu beurtheilen ist[12]). Denn in allen diesen Fällen haben die genannten Proceßschritte keinen andern Zweck als den, das Gericht zur gesetzmäßigen Thätigkeit zu veranlassen, gehören also recht eigentlich zu den processualischen Schritten, wenn sie auch in das Materielle übergreifen. Zweifelhafter dagegen ist es 4) in Ansehung der Priorität im Concurse, die nach den verschiedenen Landesgesetzgebungen sehr abweichend normirt ist. Allein auch in dieser Rücksicht ist an dem allgemeinen Principe festzuhalten, da das Prioritätsverfahren nur für eine Art der Execution gehalten werden kann, und deshalb darüber nur die Gesetze des Richters, vor welchem dasselbe verhandelt wird, entscheiden können. — Am bestrittensten endlich ist die Frage, ob 5) das jus agendi et excipiendi in Ansehung des streitigen Rechtsverhältnisses als ein processualisches Recht, bezüglich die daraus entstehenden Verbindlichkeiten als processualische zu betrachten, mithin im Falle der Collision nicht nach den Gesetzen des Entstehungsorts des Rechtsverhältnisses, sondern nach denen, welche bei dem Gerichte, wo der Rechtsstreit anhängig geworden ist, gelten, zu beurtheilen sei. Natürlich gilt das blos von dem Falle, wo an dem Orte, an welchem das Rechtsverhältniß entstanden ist, die Klage oder Einrede uneingeschränkt begründet war, während dies an dem Orte, wo der Rechtsstreit anhängig wird, nicht so der Fall ist, ja dieselbe hier wol ganz und gar entzogen wird. Denn war schon am Orte der Entstehung des Rechtsverhältnisses eine Klage daraus rechtlich nicht begründet, dann kann auch an keinem dritten Orte daraus eine solche zulässig erscheinen und deshalb dann von einer Collision der Gesetze gar nicht die Rede sein.

X. Die Vertheidiger der Meinung nun, daß das Klage- und Einrederecht nach den Gesetzen des Orts, wo das Rechtsverhältniß entstand, zu beurtheilen sei, führen zur Rechtfertigung dieser Behauptung gewöhnlich den Grund an, daß alle Rechtsverhältnisse ihr Dasein nur durch ihre juristischen Wirkungen beur-

12) Vergl. Seuffert, Archiv für Entscheid., Bd. 4, Nr. 144.

kundeten, da ohne diese das Rechtsverhältniß nicht gedacht werden könne, und daß daher ein einmal gültiges Rechtsverhältniß auch aller Orten dieselben rechtlichen Wirkungen hervorbringen müsse. Allein diese Behauptung geht jedenfalls zu weit. Richtig ist zwar, daß die Existenz eines jeden Rechtsverhältnisses aus dessen Wirkungen erkannt werden muß, weil es nicht körperlich, sondern nur in der Idee existirt; allein das gilt doch wieder nur von seinen wesentlichen und darum unentbehrlichen, nicht aber von seinen zufälligen Wirkungen. Denn nur die erstern finden, einmal begründet, jederzeit statt und können nie fehlen, solange das Rechtsverhältniß als bestehend betrachtet werden soll; die zufälligen dagegen fehlen nicht nur sehr häufig bei denselben Rechtsgeschäften, ohne daß dadurch deren Rechtsbestand alterirt wird, vielmehr können sie überhaupt nur dann eintreten, wenn noch eigenthümliche Voraussetzungen außer denjenigen hinzukommen, von welchen die Existenz des Rechtsgeschäfts abhing. Zu dieser letzten Classe aber gehören die Klagen und Einreden. Denn in Ansehung aller Klagen ist es ausgemacht, daß erst noch eine Läsion zu dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte hinzukommen muß, eine Verhinderung oder Störung des Gebrauchs derjenigen Rechte, welche durch das Rechtsgeschäft begründet worden sind, wenn von ihrer Existenz überhaupt die Rede sein soll. Solange aber noch ein solcher Nebenumstand fehlt, ist die actio nondum nata [13]). Man kann daher nicht behaupten, daß die Klage durch das Rechtsgeschäft an sich begründet sei, sondern muß zugeben, daß dies erst durch das spätere Ereigniß geschehe. Nicht weniger setzen alle Einreden entweder ein ganz anderes Ereigniß als das, wodurch das streitige Rechtsverhältniß begründet worden ist, voraus, wie z. B. die Einreden der Compensation, Transaction, Solution auf eigenthümlichen Ereignissen beruhen, oder sie supponiren eine Rechtskränkung, die völlig unabhängig vom streitigen Rechtsverhältnisse vorgefallen ist, wie z. B. ein Spolium oder den Misbrauch eines Schuldscheins bei der exceptio non numeratae pecuniae. Auf jeden Fall aber kann von Einreden überhaupt nicht

---

13) Thibaut, Besitz und Verjährung, Ausg. 2, §. 43. Comp., §. 93, Note d.

die Frage sein, solange nicht ein Rechtsstreit entstanden ist, das aber gehört unstreitig zu den zufälligen Ereignissen. Hierzu kommt aber noch, daß die Angriffs- und Vertheidigungsmittel nur den Zweck und die Bestimmung haben, gerichtliche Hülfe auszuwirken, deren man doch zur Ausübung des Rechts an sich nicht bedarf, sondern lediglich in der Voraussetzung der zufälligen Störung oder Kränkung des Rechts, daß somit ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen den Parteien und dem Gerichte entsteht, welches von dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse, bei dem das Gericht nicht mitgewirkt hat, wesentlich verschieden ist; daß es ferner nicht selten Fälle gibt, wo die Klagen gegen dritte Personen gerichtet werden, welche zur Entstehung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses nicht mitgewirkt haben, wie dies nicht allein bei dinglichen Klagen, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch bei persönlichen, z. B. denen adjectitiae qualitatis, und in ähnlicher Weise auch bei Einreden vorkommt, z. B. die Einrede der Compensation gegen den Cessionar, die gegen den cedens nicht begründet war. Ist daher die Zufälligkeit des Zusammenhanges zwischen dem streitigen Rechtsverhältnisse und den darauf sich beziehenden Klagen und Einreden keinem Zweifel unterworfen, ergibt sich ferner, daß dadurch neue Rechtsverhältnisse theils zum Gerichte, theils zu dritten, bei dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse nicht betheiligten Personen mit eigenthümlichen Wirkungen entstehen, so werden dadurch die Klagen und Einreden als processualische Befugnisse und Pflichten charakterisirt, und deshalb im Gegensatze der wesentlichen Wirkungen der Rechtsgeschäfte nicht nach den Gesetzen des Entstehungsorts dieser, sondern nach denen, wo der Rechtsstreit anhängig gemacht, die Klage erhoben, die Einrede vorgeschützt wird, zu beurtheilen sein [14]). Daraus folgt denn aber auch, daß die Extinctivverjährung der Klagen nach den Gesetzen des Gerichts, vor welchem der Proceß geführt wird, zu beurtheilen ist, und daß kein Richter eine nach den für ihn geltenden Gesetzen verjährte Klage annehmen kann, möchte sie auch anderswo noch nicht verjährt sein. Ob aber die nach den einen Gesetzen verjährte Klage anderswo stattfinde, hängt von der Frage ab, ob durch die

14) Mittermaier, a. a. O., S. 307. Seuffert, a. a. O., Nr. 143

Extinctivverjährung nur die Klage oder das ganze Rechtsverhältniß aufgehoben sei, deren Erörterung jedoch in das Civilrecht zu verweisen ist[15]). — Der hiergegen erhobene Einwand, daß nach diesen Grundsätzen das nämliche Rechtsverhältniß sehr verschiedenartige gerichtliche Wirkungen erzeugen würde, je nachdem es vor dem einen oder andern Gerichte rechtshängig wird, ist ohne Gewicht. Denn dasselbe läßt sich bei mehren ganz ähnlichen Rechtsstreitigkeiten sogar unter denselben Streittheilen dann nicht vermeiden, wenn sie bei verschiedenen Gerichten geführt werden, und ist nur die Folge der verschiedenen Staaten und Gesetze, die neben einander bestehen; ja es tritt auch bei den außergerichtlichen Wirkungen ebenfalls ein, wenn die Objecte desselben Vertrags oder Testaments in mehren Staaten belegen sind. So berührt z. B. eine am Orte des abgeschlossenen Vertrags gültig bestellte Generalhypothek am gesammten Vermögen dennoch nicht die in einem andern Staate gelegenen Grundstücke, wenn hier zur Gültigkeit einer solchen die Bestätigung des Gerichts der belegenen Sache verlangt wird, welche am Orte der Pfandbestellung nicht nöthig war, und deshalb unterblieb. Diese Verschiedenheit der gerichtlichen Wirkungen wird sich aber auch nicht so häufig, als man es glaubt, zeigen; denn nur dann, wenn am Orte des Rechtsstreits verbietende Gesetze gegen die Zulässigkeit einer Klage oder Einrede bestehen, nicht aber bei dem bloßen Schweigen der Gesetze über die Klagbarkeit u. s. w. eines Rechtsverhältnisses kann ein Gericht sich weigern, ein einmal gültig vorhandenes Rechtsverhältniß gerichtlich zu schützen, indem dergleichen im Zweifel allenthalben, wegen der aufgehobenen Selbsthülfe, gerichtlichen Schutz genießen.

XI. Die **zweite** Art der Collision der Proceßgesetze ist die der **subordinirten**[16]), d. h. derjenigen Proceßgesetze für dasselbe

---

15) v. **Vangerow**, Leitfaden, I, §. 151. v. **Savigny**, System, V, §. 237—252. Vergl. auch **Wächter**, a. a. O., XXV, 408 fg., welcher jedoch dem eben aufgestellten Grundsatze nicht überall beipflichtet.

16) Nov. 115, cap. 1. Clem. 2, i. f. de judic. (2, 1). A. D. **Weber**, Rückanwendungen positiv. Gesetze (1811), Nr. 58—63, S. 129 fg. **Bergmann**, Das Verbot der rückwirk. Kraft, S. 170 fg. **Georgi**, Archiv für civilistische Praxis, III, 145 fg. **Mittermaier**, das. X, 118—143. **Seuffert**, a. a. O., IV, Nr. 248.

Gericht, von denen das eine aus späterer Zeit datirt, als das andere. Regelmäßig sollten zwar bei Einführung neuer Gesetze, insbesondere neuerer Proceßordnungen, Uebergangsbestimmungen diese Fragen gehörig entscheiden; allein da dies nicht immer der Fall ist, so muß die Wissenschaft diejenigen allgemeinen Regeln, welche in solchem Falle Geltung haben sollen, aufstellen. Nach gemeinem Rechte aber sind folgende Grundsätze als die allein maßgebenden zu betrachten. 1) Das neue Gesetz ist im Ganzen von dem Augenblicke an, wo es verbindende Kraft erlangt hat, auch auf die schon anhängigen Rechtsstreitigkeiten und noch mehr auf die erst bevorstehenden anzuwenden. 2) Sollte jedoch durch die Anwendung dieses Grundsatzes ein wohlerworbenes Recht einer Partei verletzt oder von ihr durch die neuern Gesetze Schritte verlangt werden, welche früher hätten vorbereitet werden müssen und welche sich jetzt nicht willkürlich nachholen lassen, so muß insoweit das alte Proceßgesetz zur Anwendung kommen. — Die Richtigkeit dieser beiden Sätze folgt aus dem Principe der Gesetzgebung, daß zwar die Unterthanen alle im Staate gültigerweise erlassenen Gesetze zu respectiren haben, daß es aber die Absicht des Staats nicht sein kann, wohlerworbene Rechte der Unterthanen zu kränken. Denn selbst in dem Falle, wo der Staat aus Rücksichten auf das Gemeinwohl die Aufopferung wohlerworbener Rechte der Unterthanen gesetzlich verlangt, kann dies doch nur gegen Entschädigung des Berechtigten geschehen. Es kommt aber noch hinzu, daß der Gesetzgeber von den Unterthanen durch das Gesetz, als Norm der Willkür, Unmögliches nicht verlangen kann, was der Fall sein würde, wenn man ein neueres Gesetz im einzelnen Falle anwenden wollte, welches Vorbereitungen verlangt, die früher hätten begonnen werden müssen und nicht mehr nachgeholt werden können. Dabei ist aber noch besonders zu bemerken, daß nicht schon allein durch das Vorhandensein eines Gesetzes selbst wohlerworbene Rechte deshalb begründet werden, weil das Gesetz deren Erlangung möglich machte, sondern daß ein wohlerworbenes Recht erst dann vorhanden ist, wenn durch wirkliche Befolgung des gegebenen Gesetzes die Möglichkeit der Erwerbung des Rechts zur Wirklichkeit geworden ist. Durch Einleitung eines Rechtsstreits unter dem ältern Gesetze ist mithin ein wohlerworbenes Recht auf die Anwendung der damals zulässigen, unent-

behrlichen Mittel erlangt, damit aber noch nicht die Befugniß zum Gebrauche aller tauglichen Mittel zur Erreichung des bestimmten Zwecks unwiderruflich geworden. Deshalb hat 3) Niemand auf die bloßen Mittel zu einem erlaubten Zwecke ein Recht, solange er sie nicht benutzte oder sie nicht die einzigen zur Erreichung des erlaubten Zwecks, also unentbehrlich für jenen Zweck waren, oder aber gegenwärtig nur durch solche ersetzt werden könnten, die man sich nach Belieben nicht mehr verschaffen kann.

XII. Wendet man nun die obigen Grundsätze auf die verschiedenen möglichen Lagen eines Rechtsstreits an, so ergibt sich daraus, daß A) vor dem Beginne des Rechtsstreits kein möglicher Kläger oder Beklagter ein wohlerworbenes Recht auf bestimmte, in dem alten Rechte begründete processualische Befugnisse bekommen haben kann, daß also, sobald der Rechtsstreit wirklich anhängig gemacht wird, der Gerichtsstand, die Zahl der Instanzen, die Zuziehung der Advocaten u. d. m. lediglich nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden müssen. Indessen können solche Proceßschritte, welche das einzig mögliche oder brauchbare Mittel zur gerichtlichen Verfolgung eines schon unter der Herrschaft des alten Gesetzes gültigerweise begründeten Rechtsverhältnisses enthalten, im Zweifel nicht nach dem neuen Gesetze, sondern nur nach dem alten beurtheilt werden, wenn nicht das neue Gesetz ausdrücklich eine Rückanwendung vorschreibt; so z. B. müßte, nachdem die actio de partu agnoscendo hinsichtlich unehelicher Kinder gesetzlich abgeschafft worden, diese doch noch in Bezug auf die bereits erzeugten unehelichen Kinder zugelassen werden. Denn da das Gesetz das alte Rechtsverhältniß selbst nicht aufgehoben hat, so muß es auch für die Vergangenheit die unentbehrlichen Mittel zu dessen Geltendmachung gestatten. B) Wenn aber nach bereits begonnenem Rechtsstreite ein neues Proceßgesetz erscheint, so ist es schwer die Grenzen eines wohlerworbenen Rechts in Bezug auf gewisse Proceßschritte zu bezeichnen. Allerdings läßt es sich nicht bezweifeln, 1) daß alles dasjenige, was unabänderlich für die Parteien in dem bisherigen Verfahren vermöge rechtskräftiger Entscheidung, sei dies eine interlocutorische oder definitive Sentenz, festgestellt ist, durch das neue Gesetz nicht abgeändert werden könne. Es folgt dies schon aus der Natur der Rechtskraft, welche an sich ein wohlerworbenes Recht gibt, und wird obendrein unterstützt durch die Bestim-

mungen in Nov. 115[17]), welche sogar die wiederholten Prüfungen eines ertheilten, aber noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses lediglich nach Inhalt der ältern Gesetze anzustellen verordnet, obgleich diese Prüfung unter der Herrschaft des neuen Gesetzes vorgenommen wird. 2) Insofern aber in dem anhängigen Rechtsstreite eine solche specielle Regulirung der einzelnen Parteibefugnisse noch nicht erfolgt ist, hängt die Frage von der Fortdauer der durch das ältere Gesetz begründeten Proceßbefugnisse in Bezug auf diesen einzelnen Fall von dem Zusammenhange zwischen denselben und dem Anfange des Rechtsstreits ab. Denn jeder Rechtsstreit bildet zwar ein einziges zusammenhängendes Ganze (§. 15, I. Comp. §. 15, Note f), welches aus mehren einzelnen Bestandtheilen und Abschnitten zusammengesetzt ist, die alle aber nur auf den einzigen Hauptzweck berechnet sind, den in ihren Rechten verletzten Parteien zu diesen wieder zu verhelfen, so daß Alles, was damit nicht zusammenhinge, als irrelevant und untauglich verworfen werden müßte. Allein jeder einzelne Proceßschritt hat zugleich manche specielle Regeln, welche bei dessen Vornahme zu beobachten sind, jedoch außer Beziehung zu dessen Einfluß auf die Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst stehen, z. B. die Regeln über Form, Ort, Zeit und ähnliche Nebenbestimmungen, welche für die einzelnen Proceßhandlungen gegeben sind. Man muß daher eine doppelte Natur der Proceßschritte unterscheiden, die absolute und die relative. Jene, die absolute rechtliche Natur eines jeden Proceßschritts, ist nicht berechnet, auf die Tauglichkeit desselben zur Erreichung des eigenthümlichen Zwecks, wozu man denselben benutzt, auf den Einfluß, welchen derselbe auf die merita causae haben könnte, sondern nur auf das selbständige Wesen der einzelnen Gattung von Proceßhandlungen. Es walten daher bei den Bestimmungen über diese absolute Na-

17) L. 3 C. sentent rescindi non posse (7, 50). Nov. 115, cap. 1: Ideoque sancimus si quando ex aliqua causa processerit definitiva sententia et provocatio fuerit subsecuta: appellationis examinatores secundum leges, quae tempore definitivae sententiae obtinebant terminum dare negotio — tametsi contigerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem et tenorem suum ad praeterita quoque negotia referentem.

tur der Proceßschritte auch andere Rücksichten von Seiten des Staats ob, z. B. die Rücksicht auf Erleichterung, Beschleunigung der Rechtspflege, Verminderung der Kosten. Eben deshalb aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß insoweit der einzelne Proceßschritt nach dem neuen Proceßgesetze bemessen werden muß, unter dessen Herrschaft derselbe geschieht, dem aber auch die handelnde Person, gleichviel ob Kläger oder Beklagter, Gehorsam schuldig ist. Insoweit ist von einer Rückwirkung des Gesetzes nicht die Rede. Hierher gehören alle Bestimmungen über die Form, die Zeit, den Ort der Proceßschritte und über noch jetzt ohne Schwierigkeit zu erfüllende Bedingungen eines Proceßschritts, z. B. die Ableistung eines juramenti calumniae, Erlegung von Succumbenzgeldern, Bescheinigung eines Hindernisses bei Fristgesuchen. — Ganz anders dagegen ist die relative Natur der Proceßschritte beschaffen, da dies diejenigen Eigenschaften derselben sind, von welchen deren Einwirkung auf die merita causae abhängt, mithin deren Zulässigkeit, Brauchbarkeit, ja Nothwendigkeit, damit ein bestimmter Zweck in Ansehung der Beurtheilung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst, mittelbar oder unmittelbar erreicht werden könne. Die relative Natur der Proceßschritte äußert aber ihre Wirkung auf das Ganze häufig viel später, als der Schritt im einzelnen Falle vorgenommen wurde, z. B. die Wirkungen der Klage auf das Endurtheil, der Zeugenaussagen auf die richterliche Ueberzeugung, welche bei Abfassung des Enderkenntnisses in Frage kommt, so daß diese oft unter das neue Gesetz fällt, während unter dem Einflusse des alten der Schritt selbst vorgenommen wurde. Ungerecht würde es daher sein, wenn man dergleichen spätere Wirkungen nach den Regeln des neuen Gesetzes beurtheilen wollte, während die sie bedingenden Schritte unter der Herrschaft der alten Proceßgesetze vorgekommen sind. Ja es hat Derjenige, welcher sich dieser Schritte bediente, ein wohlerworbenes Recht auf deren spätere Wirkung, deren relative Natur, und deshalb kann auch diese nur nach dem ältern Gesetze beurtheilt werden. Insbesondere läßt sich daher nicht bezweifeln, daß der Einfluß von Klagen und Einreden auf den Ausgang des Rechtsstreits nach dem alten Gesetze in dem zu fällenden Endurtheile bestimmt werden muß, sollte auch inzwischen eine neue Verordnung über die Statthaftigkeit solcher Klagen und Einreden

denselben die gehabte Wirkung entziehen. Durch das Anbringen der Klagen und das Vorschützen der Einreden hat die Partei die Basis des Rechtsstreits gelegt, nach welcher die relativen Wirkungen desselben beurtheilt werden müssen. Sind diese Schritte unter der Herrschaft des alten Gesetzes geschehen, so kann später nichts daran geändert werden, auch das späteste Urtheil muß auf diese aus den frühern Proceßschritten erlangten wohlerworbenen Rechte der Parteien Rücksicht nehmen. — Läßt sich daher auch nicht immer behaupten, daß durch das Beginnen eines Processes die Parteien ein jus quaesitum auf alle Mittel erlangen, die zu ihrem Zwecke dienen, namentlich auf solche, welche durch andere passende ersetzt werden können, so muß doch das nach dem alten Gesetze gestattete Mittel da beibehalten werden, wo durch das neue die relative Natur des Proceßschritts dergestalt verändert ist, daß sich kein Surrogat für das nach dem frühern Gesetze gestattete auffinden läßt, und wo ohne dieses Mittel der Zweck des ganzen Processes nicht zu erreichen stände.

§. 12.

b) Von dem Inhalte der Proceßordnungen im Allgemeinen.

α) Von dem Wesentlichen und Außerwesentlichen.

I. In den Civilproceßgesetzen des gemeinen deutschen Rechts, sowie wol auch in allen bisherigen Proceßordnungen und andern Gesetzesarten finden sich zwei Hauptgattungen von Aeußerungen der Gesetzgebung, die eine die Vornahme gewisser Schritte nur gestattend, die andere dergleichen gebietend oder verbietend. Die erste Gattung gesetzlicher Vorschriften — mag deren Existenz auch für alle andern Theile der Gesetzgebung in Zweifel gezogen werden[1]), in processualischer Beziehung ist sie unzweifelhaft — erwähnt gewisse Proceßschritte, theils um die Zweifel gegen deren Zulässigkeit zu beseitigen, theils um die Interessenten eines Rechts-

1) Thibaut, Pandektenrecht (Ausg. 6), §. 6. Siehe auch v. Savigny, System des Römischen Rechts, I, 58.

streits darauf aufmerksam zu machen, daß dergleichen von ihnen zu ihrem Vortheile, falls sie es zweckmäßig erachten, benutzt werden können, und gestattet die Vornahme solcher Handlungen (leges permissivae). Werden nun die in den Gesetzen gestatteten Schritte benutzt, so entstehen daraus die sogenannten Accidentialien des Rechtsstreits, Proceßschritte, welche nicht nothwendig zum Wesen des Rechtsstreits gehören, welche daher auch füglich hätten unterlassen werden können, deren Benutzung aber für die Interessenten nicht selten wichtige Folgen hat. Die Regeln der Proceßpolitik müssen daher den Parteien es an die Hand geben, ob es rathsam sei, dergleichen Schritte zu thun oder nicht. Da aber eine freie Wahl in dieser Rücksicht den Interessenten gestattet ist, so macht es nie einen juristischen Fehler — wol einen gegen die Proceßpolitik — wenn in solcher Beziehung das Zweckmäßigere vernachlässigt ist. Dergleichen nur gestattete Proceßschritte finden sich aber sowol in Ansehung der Streittheile, als in Ansehung des Gerichts, indem z. B. in ersterer Rücksicht, die Häufung mehrer Klagen, des Possessoriums mit dem Petitorium, die Verbindung mehrer Einreden, die Cumulation oder Wahl mehrer Beweismittel gestattet ist, in letzterer Rücksicht aber der Grundsatz der L. 40 pr. D. de judiciis (5, 1):

„Non quidquid judicis potestati permittitur id subjicitur juris necessitati"

uneingeschränkt gilt und dem Ermessen des Gerichts[2]) dergleichen Schritte überlassen sind, z. B. Sühneversuche. Alle solche Klugheitsregeln lassen sich jedoch nur für den einzelnen Proceßschritt geben und sind daher weiter unten geeigneten Orts zu erwähnen.

II. Ganz anders verhält es sich hingegen mit der andern, zudem bei weitem zahlreichern Gattung von gesetzlichen Aeußerungen[3]). Sie besteht in gesetzlichen bestimmten Vorschriften, Geboten und Verboten, über das was bei Verhandlung des Rechtsstreits ge-

---

2) L. 72 D. de judic. (5, 1).

3) Vergl. darüber v. Gönner, Handbuch, II, 27, 28. Gensler, Handbuch, Abh. 3. Klüpfel, Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts (1827), Abh. 7, S. 96 fg. v. Röder, Beiträge zur Lehre von den Richtigkeiten, S. 108 fg.

schehen oder unterbleiben soll und ertheilt den Subjecten des Rechtsstreits nicht allein Befugnisse, sondern legt ihnen auch Pflichten auf, deren Vernachlässigung jedesmal einen **juristischen** Fehler enthält. Die Folgen jedoch, welche die Gesetze an dergleichen Fehler geknüpft haben, sind nicht immer dieselben gewesen, weil nicht alle derartige Fehler für gleichwichtig erachtet worden sind. In dieser Rücksicht wird vielmehr ein wesentlicher Unterschied gemacht zwischen denjenigen Vorschriften, welche solche Voraussetzungen und Obliegenheiten betreffen, die für den Rechtsbestand und die Gültigkeit des einzelnen Rechtsstreits ganz oder theilweise als durchaus unentbehrlich betrachtet werden müssen, und denjenigen, welche sich auf Eigenschaften und Voraussetzungen des Rechtsstreits beziehen, die zwar der Regel nach nicht vernachlässigt sein sollen, deren Vernachlässigung jedoch nur eine gehörige Rüge von Seiten eines der Interessenten am Rechtsstreite veranlassen, nicht aber der juristischen Existenz und Gültigkeit des mangelhaften Rechtsstreits hinderlich sein kann. — Diejenigen Eigenschaften nun des Subjects oder Objects des Rechtsstreits oder der Art des Verfahrens, welche den gesetzlichen Vorschriften im erstern Sinne entsprechen, bilden die **Substantialien** oder Essentialien des Rechtsstreits; die Vorschriften selbst aber sind bald positive, bald negative, indem sie entweder gewisse Eigenschaften als vorhanden voraussetzen, z. B. die Competenz des Gerichts, die Legitimation der Parteien zur Sache, oder verordnen, daß andere dergleichen Eigenschaften nicht vorhanden sein, vermieden werden sollen, z. B. daß keine Insinuation an einem göttlichen Festtage geschehe, keine Gerichtshandlung außerhalb des Territoriums erfolge. Mangelt es nun an dem einen oder andern Essentiale des Rechtsstreits, so hat das im einzelnen Falle den Erfolg, daß der vorgenommene Proceßschritt zwar physisch existirt, allein in seiner juristischen Bedeutung als solcher nicht vorhanden ist, für null und nichtig geachtet wird. Daher in einem solchen fehlerhaften Falle bald durch Zwangsmittel — wol auch ohne alle Rüge von Seiten der Parteien — die Nachlieferung des nur mangelhaft Erbrachten vom Proceßgerichte veranlaßt wird, z. B. bei fehlender oder ungenügender Vollmacht des Anwalts, bald eine gesetzliche Fiction eintritt, um das Mangelhafte zu ergänzen, z. B. bei nicht gehörig oder gar nicht erfolgter Ein-

lassung auf die Klage, bald endlich man sich bei der bloßen Nichtigkeit des Fehlerhaften beruhigt und dessen Verbesserung, welche den Interessenten überlassen bleibt, erst abwartet. Solange bis dies — wenn es überhaupt möglich — geschehen ist, leidet dann der einzelne Rechtsstreit allerdings an einer Lücke.

III. Bei der zweiten Gattung der oben erwähnten processualischen Gebote und Verbote ist dagegen für den Fall deren Vernachlässigung im einzelnen Rechtsstreite keine Nichtigkeit an diesen Fehler geknüpft, vielmehr den Betheiligten nur das Recht gegeben, den fehlerhaften Proceßschritt innerhalb gewisser Zeit und mit Beobachtung gewisser Formen anzufechten, so daß, wenn dies unterblieben ist, der einzelne Fall ebenso behandelt wird, als wäre dabei kein solcher Fehler vorgefallen und, des Fehlers ungeachtet, Unabänderlichkeit des fehlerhaften Schrittes demnächst eintritt. Eigenschaften, an deren Vernachlässigung derartige Folgen gesetzlich geknüpft sind, nennt man die **Naturalien** des Rechtsstreits, weil sie sich als vorhanden von selbst verstehen, solange eine gehörige Anfechtung mit Erfolg nicht geschehen ist, also die Fehlerhaftigkeit gezeigt und deren Abänderung bewirkt hat[4]). Für die Parteien sind dergleichen fehlerhafte Schritte, weil sie denselben offenbar größern Schaden bringen können, deshalb von größerer Wichtigkeit und erfordern eine vorzüglichere Aufmerksamkeit von ihrer Seite als die Fehler gegen die Essentialien des Rechtsstreits, weil auf diese letztern das Gericht selbst zu achten und deren Mangel zu rügen hat, während die Mängel an den Naturalien eines Rechtsstreits nie von Amtswegen gerügt werden. — Unter den besondern Beispielen dieser Art fehlerhafter Proceßschritte ist zunächst die Unrechtmäßigkeit (iniquitas) eines richterlichen Erkenntnisses zu nennen. Denn es ist zwar eine natürliche Voraussetzung, daß jedes richterliche Erkenntniß sowol der richtigen Rechtstheorie gemäß, als auch dem wahren Inhalte der von den Parteien über die vorgetragenen Thatsachen geführten Beweise entsprechend abgefaßt sei, und es sind die Richter durch die Gesetze

---

4) Im Römischen Recht ist dieser Unterschied schon durch die Bezeichnung der Pandekten- bezüglich Codex-Titel angedeutet: Quando appellandum sit D. (49, 4); quae sententiae sine appellatione rescindantur D. (49, 8); quando provocare non est necesse C. (7, 64).

gleichmäßig zu Beidem verpflichtet. Gleichwol kommen dergleichen Verstöße in beiden Richtungen vor und schon das Römische Recht[5]) unterscheidet, je nachdem in der erstern oder in der letztern Beziehung das Erkenntniß ein fehlerhaftes ist, ein Erkenntniß contra jus in thesi von dem contra jus litigatoris. Ist das Erstere der Fall, so ist das Erkenntniß ohne Weiteres null und nichtig und die Parteien haben nicht nöthig Appellationen gegen dasselbe einzuwenden; tritt dagegen der letztere Fall ein, dann handelt es sich nur um die Verletzung eines Naturale des Rechtsstreits, um eine Unrechtmäßigkeit des Erkenntnisses, und es ist Sache der Parteien, sich dagegen durch rechtzeitig einzuwendende Rechtsmittel zu schützen. Thun sie dies aber nicht, so haben sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn ein solches Erkenntniß rechtskräftig und unabänderlich, daher aber als an keinem Fehler mehr leidend angesehen wird. Auch die spätere deutsche Reichsgesetzgebung[6]) hat diesen Unterschied im Wesentlichen festgehalten und nur auch für den erstern Fall die Einwendung eines Rechtsmittels verlangt, daneben aber die durch die Nichtigkeit begründeten besondern Rechtsmittel zugelassen, welche für den Fall einer Iniquität eines Erkenntnisses durchaus

5) L. 1, §. 2, D. quae sentent. sine appellat. (49, 8). Item cum contra sacras constitutiones indicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur. Nam si judex volenti se ex cura muneris, vel tutelae, beneficio liberorum — — excusare, dixerit neque filios neque aetatem — — ad muneris — excusationem prodesse, de jure constituto pronuntiasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur: quo casu appellatio necessaria est. L. 2, C. quando provocare non est necesse (7, 64). Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, judex — pronuntiavit potuisse defunctum etiam minorem XIV. annis testamentum facere, per hoc aviam potiorem esse, sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam, nullas habere [vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum XIV. annum et per hoc jure factum testamentum pronuntiavit nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisti: rem judicatam retractare non debes.

6) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 34, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 121.

nicht gestattet sind. Ein ähnliches Beispiel findet sich dann, wenn der Beklagte, was bei den meisten Realklagen möglich ist, passiv zur Sache nicht legitimirt war, gleichwol dem Rechtsstreite sich unterzog. Denn in diesem Falle ist eine Nullität nicht vorhanden, vielmehr wird der Beklagte so behandelt, als wäre er der richtige Beklagte (§. 37). Endlich aber gehören hierher die Fehler, welche ein Anwalt beim Vortrage von Thatsachen Namens der von ihm vertretenen Partei begeht, denn diese veranlassen keine Nullität, sind vielmehr auf die vorgeschriebene Weise zu rügen und geltend zu machen; unterbleibt dies jedoch, so wird später angenommen, es sei ein derartiger Fehler nicht vorgekommen [7]). — Wenn sich nun auch hiernach die Wichtigkeit der Naturalien eines Rechtsstreits für die Parteien selbst unzweifelhaft herausstellt, so lassen sich dieselben doch keineswegs einzeln aufzählen und ebenso wenig allgemeine Principien dafür aufstellen, weshalb von ihnen nur an der entsprechenden Stelle des speciellen Theils die Rede sein kann. Anders verhält es sich mit den Essentialien.

§. 13 und 14.

β) Genauere Betrachtung des Wesentlichen, dessen Merkmale und Eintheilungen.

I. Die im obigen Sinne als wesentlich zu betrachtenden Eigenschaften und Voraussetzungen eines Rechtsstreits beruhen jedoch nicht allein auf gesetzlichen Geboten und Verboten, sondern auch in der Natur der Sache. Denn schon nach dieser müssen gewisse Eigenschaften am Subject oder Object des Rechtsstreits oder der Art des Verfahrens entweder vorhanden sein oder fehlen, wenn der reelle Zweck des Rechtsstreits überhaupt erreicht werden soll, z. B. der Richter darf nicht blos ein Privatmann sein, sondern muß vom Staate die Befugniß im Namen dieses Recht zu sprechen erhalten haben; er darf ferner nicht in eigener Sache Richter sein, der Gegenstand darf keine Administrativsache

---

7) L. 1—3 C. de error. advoc. (2, 10). — Daneben besteht übrigens die Pflicht des Sachwalters zum Ersatze des durch solche Schritte verursachten Schadens. Unten §. 82.

sein, auf nichts Unmögliches erkannt werden. Es sind aber auch diese natürlich wesentlichen Eigenschaften bald affirmativer bald negativer Natur, haben jedoch nur materiell wichtigen Einfluß auf die Erreichung des reellen Zweckes des Rechtsstreits. Dagegen sind die positiv wesentlichen Eigenschaften des Rechtsstreits zwar auch bald affirmativ bald negativ, jedoch nicht allein materiell wichtige, d. h. solche, welche auf Erreichung des Zweckes des Rechtsstreits einen natürlichen und unvermeidlichen Einfluß haben, sondern auch lediglich formelle, indem sie sich auf die äußerlich wahrnehmbare Beschaffenheit des Proceßsubjects oder Objects oder der einzelnen Proceßhandlung beziehen [1]), ohne daß der Natur der Sache nach und nothwendigerweise der zu erreichende reelle Zweck des Rechtsstreits durch einen Fehler an ihnen unvermeidlich gehindert oder durch Beobachtung solcher Formen wesentlich gefördert würde. Es sind jedoch nach dem neuern gemeinen deutschen Rechte nicht alle gesetzlich vorgeschriebenen Formen von gleicher Wichtigkeit und als Essentialien des Rechtsstreits zu betrachten. Denn während dies nach Römischem und Kanonischem Rechte allerdings der Fall war, hat die Gesetzgebung des Deutschen Rechts [2]) — um den im Mittelalter häufig vorkommenden Misbrauch wegen unbedeutender Formfehler einen Rechtsstreit als nichtig anzufechten, und die im Kanonischen Rechte [3])

---

1) Beispiele hiervon s. in L. 3 C. de sentent. ex peric. (7, 44). Cap. 5 de sentent. in VIto (2, 14). L. 1, 3, D. de appellat. (49, 1).

2) Kammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 34, 1. „Nachdem u. s. w., so ist bedacht, wo jemand an Unser Cammergericht die Nullität oder Nichtigkeit voriger Rechtfertigung fürzuwenden gedächt, soll er solche Klag sammt der Klag auf die Iniquität, Beschwerde und Ungerechtigkeit hiervor gesprochener Urtheil, ob er ihm die zu gebühren vermeint, alternative und mit einander gleich einzubringen schuldig sein u. s. w. Und so der Cammerrichter und Beisitzer solche angezogene Nichtigkeit nicht dergestalt erfinden, daß dadurch einer Parthei in der Hauptsach ein unwiederbringlich Unrecht geschehe, sollen dieselben vordern Processe andrer Unförmlichkeit halber, als nichtig bei ihnen nicht verworfen werden.“ — Jüngster Reichsabschied, §. 121. „Indem auch nunmehr u. s. w. vielfältig disputirt worden, ob sententia nulla oder iniusta sich verhalte u. s. w., so soll u. s. w. in allen beiden Fällen, das ist a sententia tam nulla quam iniqua, das fatale interponendae observirt u. s. w. wird.“

3) Clem. 1 de sentent. et re judic. (2, 11).

neben der Einrede der Nullität, als Rechtsmittel, gleich den Appellationen zugelassene Nichtigkeitsquerel, mit welchen die Gerichte sehr belästigt wurden, weil man behauptete, von diesen könnten die Einschränkungen der Appellationen durch Fatalien u. s. w. nicht gelten, zu beseitigen — zwei Arten der die äußere Form betreffenden Essentialen unterschieden. Solche, welche gar keinen Einfluß auf die gehörige Aufklärung und gerechte Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits haben können, z. B. das Sitzen des Gerichts bei Eröffnung von Urtheilen, und solche, deren Vernachlässigung allerdings auf die reelle Gerechtigkeit bei Behandlung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits wesentlichen Einfluß gehabt und daher einen unwiederbringlichen Nachtheil für die Hauptsache verursacht haben können, z. B. die unterlassene Beeidigung der Zeugen, sobald die Parteien darauf nicht vorher verzichtet haben. Verstöße gegen die erstere Gattung von Formen sollen ferner nicht mehr das fehlerhafte Verfahren vernichten, mithin aufhören zu den Essentialien zu gehören, während die gegen die letztere Gattung allerdings die Folge haben, daß das in dieser Weise fehlerhafte Verfahren als nichtig zu betrachten ist. Indem sonach nicht mehr alles Formelle, was in den gemeinen recipirten Proceßgesetzen vorgeschrieben ist, für wesentlich jetzt noch zu achten ist, erscheint es einerseits unrichtig, wenn man die Formalien des Rechtsstreits den Essentialien gegenüberstellt und jene als entbehrlich bezeichnet[4]), andererseits aber sehr zweckmäßig die verschiedenen Arten des Formellen mit besondern Namen, Kunstausdrücken, zu bezeichnen. Man hat zu dem Ende die erstere Gattung: „Förmlichkeiten", die letztere aber: „Solennitäten" passenderweise genannt[5]), ohne daß jedoch dieser Sprachgebrauch allgemein angenommen worden wäre. Wenn dagegen von anderer Seite die Existenz der letztgedachten Gattung des Formellen, als etwas Wesentlichen, im Processe angefochten und behauptet wird: Formalitäten könnten, als in ihrer Entstehung höchst willkürlich, und vom Gesetzgeber nach Willkür durch andere Bestimmungen zu ersetzen, zu dem Wesentlichen überhaupt

---

4) Vergl. Gönner, Handbuch, Th. 2, Abh. 28, §. 12, Note b.
5) Stübel, Criminalverfahren, Th. 1, §. 455.

nicht gerechnet werden, so ist darauf zu entgegnen, theils daß die einmal getroffene Wahl des Gesetzgebers entscheidend ist, und gesetzliche Gebote oder Verbote, welche rücksichtlich des Formellen bestimmte Anordnungen treffen, denselben unbedingten Gehorsam von allen Denen, welche ihnen unterworfen sind, fordern, als solche, welche auf das Materielle sich beziehen, ihnen auch keine geringere verbindende Kraft beizulegen ist; theils der Sprachgebrauch, welcher in allen auch nichtjuristischen Verhältnissen dasjenige für wesentlich erklärt, was unentbehrlich ist, wenn der Gegenstand existiren oder der nämliche bleiben soll, wofür er ausgegeben wird, und nicht unterscheidet, ob das Unentbehrliche die Form oder den Stoff betrifft.

II. Bleibt man nun dabei stehen, daß nach den einheimisch deutschen Gesetzen als wesentlich im Civilprocesse alles das zu betrachten ist, was entweder nach der Natur der Sache unentbehrlich ist, oder als gesetzlich geboten oder verboten einen Einfluß auf die Gewährung reeller Gerechtigkeit haben kann, mag es unter dieser Voraussetzung zur Form eines Proceßschrittes gehören, oder mag es sich auf die sonstigen Eigenschaften des Proceßsubjects oder Objects oder der Art des Verfahrens beziehen, so ist dann nur noch zu erörtern, welchen Einfluß ein Verstoß gegen derartige wesentliche Voraussetzungen zur Folge hat. Im Allgemeinen muß dieses darauf beschränkt werden, daß der fehlerhafte Schritt als juristisch nicht existirend betrachtet wird, und daß, wenn weder durch Zwang noch durch Fiction das Versäumte nachgeholt oder das Fehlerhafte verbessert werden kann, Nichtigkeit die Folge der Gesetzwidrigkeit ist. Diese Nichtigkeit, Nullität, ist das charakteristische Merkmal des Wesentlichen im Processe. — Was nun den Ausdruck selbst betrifft, so bedient sich zwar das Römische Recht[6]) dessen nicht, beschränkt sich vielmehr darauf, die Anfechtung aller solcher Proceßschritte für unnöthig zu erklären, wodurch es andeutet, daß durch die Begehung eines

---

6) Tot. tit. D. quae sentent. sine appell. (49, 8). Tot. tit. C. quando provocare non est necesse (7, 64). L. 4, 6, D. de re judicata (49, 1). Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat, caeterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.

solchen Fehlers ipso jure dem Proceßschritte seine juristische Existenz entzogen werde. Das Kanonische Recht[7]) dagegen gebraucht, nach der Latinität des Mittelalters, allerdings den Ausdruck „nullitas", der dann auch in die Reichsgesetze und die neuern Gesetze übergegangen ist. Es bezeichnet derselbe aber dort theils die fehlerhafte Eigenschaft eines juristischen Betragens, besonders eines Proceßschrittes, vermöge deren dieser Schritt entweder als überall nicht existent geworden betrachtet wird, oder aber nur in einer andern Eigenschaft, als welche ihm ursprünglich bestimmt war, aufrecht erhalten werden kann[8]), theils die Wirkung selbst, welche die Folge eines fehlerhaften Proceßschrittes ist, der zu den Essentialien des Rechtsstreits gehört.

III. In diesem letztern Sinne aber, nach welchem Nullität nicht die Thatsache des Nichtexistirens, sondern den juristischen Erfolg (die Strafe) des Fehlers an den Essentialien, welcher nicht nachgeholt und nicht durch gesetzliche Fiction gehoben werden kann, bezeichnet, theilt man die Nullitäten in Rücksicht auf den Umfang ihrer Wirkungen ein 1) in **totale** und **partielle**. Denn es haben die Gesetze nicht immer den ganzen Rechtsstreit, worin ein wesentlicher Fehler vorgefallen ist, für nichtig erklärt, vielmehr auch hier den allgemeinen Grundsatz: Utile per inutile non viciatur gelten lassen[9]), so daß in der Regel und namentlich bei den Verstößen gegen die wesentlichen Bestimmungen über den Proceßgang nur der einzelne fehlerhafte Schritt als nicht vorhanden zu betrachten ist. Sobald jedoch entweder ausdrückliche Vorschriften der Gesetze einem einzelnen solchen Fehler eine ausgedehntere Wirkung beigelegt haben, oder das Ganze in so unzertrennlichem Zusammenhange mit der fehlerhaften Handlung steht, daß Eins ohne das Andere nicht bestehen kann, erstreckt sich die Richtigkeit auf den ganzen Rechtsstreit oder wenigstens einen bestimmten Abschnitt desselben. Man unterscheidet daher richtig totale und partielle Nullität. Welche von diesen beiden Arten im einzelnen Falle eintrete, muß theils nach den Gesetzen theils nach der Art des Zusammenhanges zwischen dem fehlerhaften Pro-

7) Clem. 1 de sentent. (2, 11).
8) Z. B. L. 1, 3, D. de appellat. (49, 1).
9) Cap. 37 X. de reg. jur. in VIto.

ceßschritte und solchen, die damit so in Verbindung stehen, daß ihre Zulässigkeit von der Gültigkeit jenes abhängt, beurtheilt werden. Deshalb werden Verstöße gegen wesentliche Eigenschaften des Subjects oder Objects des Rechtsstreits leichter eine totale Nullität begründen, als Fehler an einzelnen Schritten des Verfahrens, insofern zwischen diesen und den übrigen Bestandtheilen des Verfahrens nicht eine nothwendige Verbindung stattfindet.

IV. Weiter theilt man aber danach, wem das Recht zusteht, den begangenen Fehler geltend zu machen, also nach dem subjectiven Umfange, die Nullität 2) in absolute und relative. Denn wenn auch in der Regel jeder nichtige Schritt im Processe nicht allein von beiden Streittheilen, sondern sogar von jedem Dritten, der bei dem Rechtsstreite interessirt ist, und insbesondere vom Gerichte von Amtswegen geltend gemacht werden kann und muß, so haben doch die Gesetze auch bestimmte Fälle von Nichtigkeiten erwähnt, in welchen nur gewissen Personen die Befugniß einen solchen Fehler zu ihrem Vortheile geltend zu machen, eingeräumt ist. Schweigen diese dagegen darüber, weil sie dies ihrem Interesse für angemessener erachten, dann steht weder dem Gegner noch einem Dritten die Befugniß zu, diesen Fehler zu rügen und daraus Rechte für sich abzuleiten[10]). In diesen Fällen redet man von respectiven oder relativen Nichtigkeiten, in jenen von absoluten.

V. In Rücksicht auf die Dauer ihrer Wirkungen müssen aber die Nullitäten, nachdem sie einmal eingetreten sind 3) in heilbare und unheilbare eingetheilt werden. Denn schon das Römische Recht erkennt ausdrücklich an, daß gewisse Fehler im Processe, welche eine Nichtigkeit begründen, durch das spätere Hinzukommen bestimmter Ereignisse und namentlich durch noch zulässige Verbesserungen des begangenen Fehlers ihren Effect für

---

10) Ein Beispiel einer relativen Nichtigkeit enthält: L. 14 C. de procurat. (2, 13). Non eo minus sententia adversus te lata juris ratione subsistit, quod adversaria tua minor XXV. annis constituta, causam suam marito sine curatore agendam mandavit. Minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. L. 2 i. f. D. de condict. ob turp. caus. (12, 5). Glück, Commentar, Bd. 13, S. 57, Note. Gegen diese Eintheilung Linde und Marezoll, Zeitschrift, Bd. 7, Abh. 4 u. 5, S. 121 fg.

den einzelnen Rechtsstreit verlieren, so daß es dann so angesehen wird, als wären sie nicht vorgekommen. Es sind dies die heilbaren Nullitäten [11]). — Andere Fehler dagegen lassen sich nicht auf diese Weise beseitigen, äußern vielmehr unter allen Umständen ihre Wirkungen und sind deshalb als unheilbare Nichtigkeiten zu betrachten [12]). — Das Deutsche Recht [13]) hat diesen Unterschied des Römischen Rechts allerdings beibehalten, allein in Ansehung des Princips über die Heilbarkeit und Unheilbarkeit, sowie des Begriffs derselben eigenthümliche Bestimmungen getroffen, von denen jedoch erst in der Lehre von den Rechtsmitteln (§. 294) die Rede sein kann.

VI. Wenn nun aber die Nullität der einen oder andern Art als das alleinige Kennzeichen der Essentialien im Processe zu betrachten ist, so bestimmt sich hiernach leicht die Grenze zwischen diesen und den Naturalien, welche zwar nicht weniger als jene auf gesetzlichen Geboten und Verboten beruhen. Denn überall da, wo im Falle des Verstoßes Nichtigkeit des Fehlerhaften eintritt, ist ein Essentiale, dagegen da, wo es der Rescission bedarf, um das Fehlerhafte zu beseitigen, eine Naturale in Frage. Die Regel spricht nun allerdings dafür, daß alles Gesetzwidrige null und nichtig sein müsse; wenn daher etwas Anderes als die Nichtigkeit die Folge des gesetzwidrigen Betragens sein soll, dann muß dies auf ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften beruhen. Diesen Grundsatz hat nun auch das Römische Recht [14]) so ausdrücklich anerkannt, daß man es kaum begreifen kann, wie einige

11) Beispiele in L. 56 D. de judiciis (5, 1). Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est, tamen, etsi quis procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. L. 3, 7, C. quomodo et quando (7, 43).

12) Beispiele in L. 3 D. quae sentent. sine appell. (49, 8.) Paulus respondit impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. — L. un. C. ne quis in sua causa judicet (3, 5).

13) Jüngster Reichsabschied, §. 121, 122.

14) L. 5 C. de legibus (1, 14). — Nullum enim pactum nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat.

Juristen haben behaupten können, das Gesetzwidrige sei nur dann nichtig, wenn die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich vom Gesetze gedroht worden sei. Die Essentialien bilden daher die Regel, die Naturalien die Ausnahme, so daß nach gemeinem Rechte nur das als Naturale betrachtet werden kann, was durch ausdrückliche gesetzliche Verfügung dergestalt aufrecht erhalten ist, daß es erst einer Rescission bedarf, um den fehlerhaften Schritt, wenn er gleich an sich etwas Gesetzwidriges enthält, zu beseitigen. Diese Ausnahmen müssen mithin stets bewiesen werden; was allerdings z. B. bei der sententia iniqua nicht schwer ist. — Bei denjenigen Essentialien aber, welche nicht auf gesetzlichen Geboten oder Verboten beruhen, sondern aus der Natur der Sache hergeleitet werden müssen, weil der Zweck der bürgerlichen Rechtspflege bei dem Mangel eines solchen Essentiale unerreichbar wäre, z. B. bei einem durchaus unbestimmten Erkenntnisse, muß die Nullität des Fehlerhaften von selbst folgen, weil es an allem Causalnexus zwischen dem verfolgten Zwecke und dem angewendeten Mittel fehlt.

VII. Noch ist zu gedenken, daß von den wesentlichen Eigenschaften eines Rechtsstreits, deren Hintansetzung im Allgemeinen eine Nullität nach sich zieht, nicht alle von gleicher Bedeutsamkeit[15]) sind. Denn während die einen, unabhängig von der Eigenheit gewisser Gattungen des Proceßverfahrens oder der Wendung des einzelnen Rechtsstreits, unter allen Umständen, für alle vor Gericht zum Austrage kommenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten, erscheinen die andern nur unter gewissen, theils in der besondern Beschaffenheit einer Proceßgattung, theils in den besondern Ereignissen des einzelnen Rechtsfalles begründeten Voraussetzungen unentbehrlich. Man unterscheidet daher richtig die absolut oder unbedingt wesentlichen von den bedingt wesentlichen Essentialien, und trennt bei den letztern die eigenthümlichen von den gemeinschaftlichen. Zu der erstern Hauptart gehören die in den nachstehenden §§. erwähnten, zu den letztern sind als eigenthümliche z. B. die ausdrückliche Aufforderung zur Klagbeantwortung im ordentlichen, die Liquidität der Forderung aus Urkunden im Executivproceß, als gemeinschaftliche

15) Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens, Ausg. 4, §. 75.

aber z. B. die Hülfsvollstreckung, welche zwar in jeder Proceßart, jedoch nur in Folge fortgesetzten Ungehorsams nöthig ist, zu rechnen.

§. 15.

Absolut wesentliche Grundsätze.

1) Mit der Execution darf nicht angefangen werden.

I. Auch abgesehen davon, daß im gemeinen Rechte der Grundsatz: mit der Execution dürfe kein Rechtsstreit begonnen werden, mit ausdrücklichen Worten[1]) ausgesprochen ist, möchte sich diese Vorschrift schon als richtige Folgerung aus dem letzten Zwecke eines bürgerlichen Rechtsstreits und aus der subsidiären Natur der Execution darstellen. Denn wenn auch der Zweck des Klägers, sobald er sich, um auf diesem Wege ein Surrogat für die verbotene Selbsthülfe zu erlangen, an den Richter wendet, allerdings zunächst darauf gerichtet ist, auszuwirken, daß sein Gegner durch die Staatsgewalt genöthigt werde dasjenige zu leisten, was demselben hinsichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses nach seiner Ansicht obliegt, und ebenso umgekehrt der Zweck des Beklagten dahin geht, zu erlangen, daß dem Kläger die verlangte Staatshülfe versagt, ihm aber dadurch Ruhe vor dessen Anforderungen vom Gerichte verschafft werde, so kann doch das Gericht, weil es nie aus Gnade, Zuneigung oder dergleichen dem Antrage eines der Streitenden stattgeben darf, sondern lediglich dann, wenn es, gemäß der ihm obliegenden Pflicht, die Ueberzeugung sich erworben hat, daß die Partei das Recht auf ihrer Seite habe, welcher die Staatshülfe zu Theil wird, nicht ohne Weiteres gegen die eine oder andere Partei, je nach seinem Gutdünken die Staats-

---

1) L. 1 C. de execut. rei jud. (7, 53). Nimis propere judex pignora Marcellae capi et distrahi jussit, ante rem judicatam Prius est ergo; ut servato ordine actionem adversus eam dirigas et causa cognita sententiam accipias. L. 9 ibid. L. 58 D. de re jud. (42, 1). Reichskammergerichtsordnung von 1555, II, 25. „Nachdem auch in den kaiserlichen Rechten gar wohl geordnet und versehen, daß in gerichtlichen Sachen nicht an der Execution angefangen werden soll."

hülfe gewähren. Vielmehr hat das Gericht, um den letzten Zweck des Rechtsstreits: Demjenigen zum Genusse seines Rechts zu verhelfen, der das behauptete Recht wirklich hat, zu erreichen, nicht allein die von beiden Theilen vorgebrachten Behauptungen und deren Nachweise anzuhören und zu prüfen, sondern auch das Resultat der richterlichen Prüfung auszusprechen und erst, wenn dieses Resultat unumstößlich geworden ist, die Hülfe des Staats dem Berechtigten auf Verlangen zu gewähren. Es zerfällt daher ein jeder Rechtsstreit in drei im nothwendigen Zusammenhange unter sich stehende Abschnitte, den der causae cognitio, worin die Behauptungen beider Theile gegen einander angehört und bestmöglichst aufgeklärt werden; den der decisio, worin die Resultate der richterlichen Prüfung ausgesprochen und den Parteien eröffnet werden; und den der executio, in welchem die Staatshülfe, da nöthig, gewährt wird. Alle drei bilden ein in innerm Zusammenhange stehendes Ganze, und darauf beruht die Einheit des Rechtsstreits. Um also dem letzten Zwecke jedes Rechtsstreits genügen zu können, darf nicht mit der Gewähr der Staatshülfe der Rechtsstreit begonnen werden. — Aber selbst dann, wenn von Seiten des Gerichts durch eine unabänderliche Entscheidung festgestellt ist, welche Rechtsverhältnisse zwischen den streitenden Theilen im einzelnen Falle obwalten, kann doch nicht alsbald mit Vollstreckung der Staashülfe vorgeschritten werden, da diese nur subsidiärer Natur ist, d. h. erst dann eintritt, wenn der Verurtheilte weder freiwillig der ihm auferlegten Pflicht Genüge leistet, noch auch dann, wenn er von dem vollziehenden Richter verwarnt worden, sich dem schuldigen Gehorsame gegen das richterliche Erkenntniß nicht zu entziehen, seinen Obliegenheiten nachgekommen ist. Indem sonach jeder Executionsinstanz eine Androhung der Hülfsvollstreckung vorangehen muß, ergibt dies zugleich einen weitern Grund dafür, daß kein Rechtsstreit mit der Execution angefangen werden kann[2]).

II. Wenn nun auch der Hülfsvollstreckung außer der Androhung derselben jene beiden erstern Abschnitte des Proceßverfahrens

---

2) Wenn gleichwol gegen diese Ordnung des Verfahrens verstoßen worden ist, so nennen ältere Juristen dies einen tumultuarischen Proceß. J. H. Böhmer, Jus eccles. Protest., lib. 2, tit. 1, §. 4—12.

vorangehen sollen, so bleibt es doch den Parteien unbenommen, durch Vertrag oder Vergleich auf die causae cognitio und decisio zu verzichten und dadurch das unter den Parteien obschwebende streitige Rechtsverhältniß so festzustellen, daß dem Richter dagegen ein Zweifel nicht mehr beigehen kann, der Rechtsstreit vielmehr alsbald zum dritten Abschnitte, der Executionsinstanz, geeignet ist. Häufig werden auf diese Weise bereits anhängige Rechtsstreitigkeiten abgeschnitten, indem die Partcien über das Bestrittene sich vergleichen und der Zahlungspflichtige sich für den Fall der Nichterfüllung des Vergleichs sofortiger Execution unterwirft. Aber selbst in diesem Falle muß der eigentlichen Hülfsvollstreckung die Androhung der Execution vorausgehen[3]), da diese Vorschrift den Gerichten aus Gründen des öffentlichen Wohles gegeben ist und deshalb in keiner Weise durch Privatwillkür, Verzicht irgend einer Art oder Vergleich der Parteien, abgeändert werden kann.

III. Wollte man nun aber unter allen Umständen diesen langsamen Gang des Verfahrens ohne Einschränkung beibehalten und erst nach Erledigung der vorbereitenden Abschnitte die Executionsvollstreckung zulassen, so würde nicht selten die Gefahr eintreten, daß zuletzt der Hauptzweck der gerichtlichen Rechtsverfolgung ganz vereitelt würde, indem dann entweder der Gegenstand des Rechtsstreits verloren gegangen, oder der unterliegende Theil außer Stande wäre, seinen Obliegenheiten zu genügen, weil es bei ihm an Gegenständen der Execution mangelte. Deshalb haben die Gesetze, deren Zweck es nicht sein konnte, durch Anordnung des vorbereitenden Proceßtheils den Hauptzweck des Rechtsstreits zu vernichten, für solche außerordentliche Fälle besondere Maßregeln angeordnet, welche gewissermaßen eine Art vorläufiger Execution enthalten, eigentlich aber nur dazu dienen, die Möglichkeit der künftigen Execution sicher zu stellen. Allein selbst bei dergleichen Abweichungen von der regelmäßigen Ordnung des Proceßganges, welche durch Gefahr beim Verzuge gerechtfertigt werden, wird dennoch die allgemeine Regel, daß wahrhafte Execution nicht ohne vorbereitende Proceßschritte vollzogen werden dürfe, und ebenso

3) Selbst wenn der Verzicht die Clausel enthält „möge solches mit oder ohne Recht geschehen". Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 31, 32. Kind, Quaest. for., ed. 2, tom. 3, cap. 12.

wenig die Reihenfolge des Proceßganges hintangesetzt. Denn diese von der interessirten Partei zu beantragenden Provisorien[4]), mögen sie in Arrestanlegungen, Sequestrationen oder dergleichen bestehen, dürfen nur den dermaligen Zustand der factischen Verhältnisse der Parteien conserviren, damit die jetzt noch vorhandene Möglichkeit gewisser Proceßschritte, und namentlich der Execution, durch Veränderung der Umstände nicht aufgehoben und vernichtet werde. Dagegen soll durch Provisorien beiden Theilen so wenig als möglich geschadet und ihr Rechtsverhältniß gar nicht verändert werden. Daher gewährt namentlich die Arrestanlegung Demjenigen, zu dessen Sicherung sie geschieht, nicht den Genuß des streitigen Objects, wie dies durch wahre Execution geschieht, sondern nur eine vorläufige Aufbewahrung des Executionsobjects für den Fall, wo es der Execution bedürfte. Diese Provisorien präjudiciren daher auch durchaus nicht dem Rechte des einen oder andern Theils, und sind sowol vor Beginn des Hauptprocesses, als während des Laufes desselben, sobald die besondern Gründe ihrer Zulässigkeit eintreten, statthaft.

IV. Aehnliche Provisorien kommen aber nicht blos zum Zwecke der zu sichernden Execution, sondern auch in Beziehung auf spätere Proceßschritte vor, welche nicht gleich anfangs bei Verhandlung der Sache zulässig sind, allein eben dadurch Gefahr laufen können, im einzelnen Falle zu der Zeit unmöglich geworden zu sein, wo die Reihe an sie kommt. Ist solche Gefahr vorhanden, so kann die provisorische Vornahme dieser Proceßschritte verlangt und zugelassen werden. Hierher gehört z. B. eine Beweisführung zu ewigem Gedächtnisse, welche vor und während eines Rechtsstreits jederzeit unternommen werden kann, wenn Gefahr vorhanden ist, daß ein Zeuge wegen Krankheit oder hohen Alters als Beweismittel verloren gehe.

---

4) L. 41 D. de judiciis (5, 1). Gönner, Handbuch, I, 7, §. 10, 13; IV, 79, §. 1—19. Unten §. 240 und §. 313.

§. 16.

2) Es gibt kein Verfahren von Amtswegen in Civilsachen.

I. Muß nun nach den bisherigen Ausführungen der Gewähr der Staatshülfe auch eine Erörterung, Prüfung und Beurtheilung der Rechtmäßigkeit alles dessen, was von den Parteien beantragt worden ist, vorangehen, so könnte man doch dafür halten, daß, sobald nur gerichtliche Hülfe nachgesucht worden ist, alles Weitere von Amtswegen durch die Gerichte besorgt werden müsse. Allein eine solche Annahme widerspricht den im gemeinen deutschen Rechte für das Proceßverfahren geltenden Grundsätzen, indem es hiernach in Civilsachen kein Verfahren von Amtswegen gibt. Man nennt daher auch das Princip, welches dem gemeinen deutschen Civilproceßverfahren zu Grunde liegt, das Verhandlungsprincip[1]), die Verhandlungsmaxime, und setzt demselben das Instructions- oder Inquisitionsprincip[2]), welches für den Criminalproceß gilt, entgegen. Es läßt sich zwar nicht aus einzelnen ausdrücklichen Gesetzstellen darthun, daß die Verhandlungsmaxime nach gemeinem Rechte die Grundlage des Verfahrens in Civilsachen bildet, wohl aber zur Genüge theils aus der Entstehungsgeschichte der Civilproceßtheorie, theils durch Abstraction aus den einzelnen Proceßvorschriften und aus der Natur des regelmäßigen Proceßgegenstandes, welcher der Disposition der Streittheile allein unterliegt, nachweisen. Denn was zunächst die Grundsätze des Römischen Rechts anlangt, welche doch unzweifelhaft eine Grundlage der gemeinrechtlichen Proceßtheorie bilden, so ist in diesem bekanntlich das Inquisitionsprincip nicht einmal für Criminalsachen angewendet worden, vielmehr hatte der accusatorische Proceß auch dabei Geltung und erst in

---

1) Gönner, Handbuch, I, 8. Gensler, Handbuch, S. 63 fg. Puchta, Die Grenzen des Richteramts (Nürnberg 1819), S. 1 fg., 27 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 137—143. Haimerl, Archiv für civil. Praxis, XVIII, 66 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 355—375. Bayer, Vorträge (Aufl. 8), S. 32 fg.

2) W. H. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung, I, 18 fg. Lotz, Civilistische Abhandlungen (1820), Abh. 1. Gärtner, Kritik des Untersuchungsprincips im preuß. Civilproceß (1832). Sonnenschmidt, Civilproceßverfahren in Neuvorpommern (1839).

der spätesten Zeit des Römischen Reichs wurde dem Criminalrichter, jedoch nur in wenigen Punkten, zu größerer officieller Thätigkeit die Befugniß ertheilt. — Dagegen findet sich für das schon in der frühesten Zeit gebildete römische Civilverfahren nirgend eine Andeutung, daß in Civilsachen ein inquisitorisches Verfahren stattgefunden habe, vielmehr beruhte Alles, was von dem Richter geschah, auf den Anträgen der Parteien und dem, was diese ihm als Gegenstand des Streits zur Kenntniß brachten, wie dies die einzelnen Schritte des römischen Processes[3]), die ursprüngliche in jus vocatio privata, die zweiseitige Litiscontestation, die genaue Regulirung der Beweislast, welche selbst noch zu Justinian's Zeit galt, u. d. m. darthun. Hat nun gleich das Kanonische Recht allerdings das inquisitorische Verfahren für Criminalsachen eingeführt, so ist dies doch aus Gründen geschehen, welche auf den Civilproceß keine Anwendung leiden, indem man davon ausging, der Zorn des höchsten Wesen werde, wenn ein Verbrechen ungestraft bliebe, gereizt und deshalb müsse von Seiten des Gerichts zur Ermittelung des Thäters kein Schritt unversucht bleiben. Aber auch abgesehen hiervon würde das Kanonische Recht, wenn es für das Civilproceßverfahren ebenso wie für das Criminalverfahren ein correctorisches Gesetz hätte sein sollen, eine dem entsprechende Fassung haben müssen; allein diese ist nicht nur durchaus zu vermissen, vielmehr enthält dasselbe sogar in einer Reihe von Stellen eine ausdrückliche Anerkennung der römischen Civilproceßgrundsätze[4]). Die Juristen des Mittelalters aber, deren Theorie so entschiedenen Einfluß auf das Civilproceßverfahren gehabt hat, hielten das Inquiriren in Civilsachen für durchaus unstatthaft und betrachteten sogar den inquisitorischen Proceß in Criminalsachen als ein außerordentliches Verfahren, welches lediglich in subsidium stattfinde und keine Begünstigung verdiene, am wenigsten eine Ausdehnung auf Civilsachen leide. Die deutschen Reichsgesetze endlich bildeten zwar für

---

3) L. 18 D. commun. divid. (10, 3) — — ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judicis potestas non potest. Tit. C. ut nemo invitus agere cogatur (3, 7). Nov. 53, cap. 3; auch L. 2, 19 D. de probat. (22, 3). L. 1 C. de probat. (4, 19).

4) Cap. un. i. f. X. de litis contest. (2, 5).

die Criminalsachen in einer eigenen Proceßordnung, der peinlichen Gerichtsordnung Karl V. das Inquisitionsprincip mehr aus, erstreckten es jedoch keineswegs auf das Civilproceßverfahren, wie aus der nach und nach verbesserten Kammergerichtsordnung hervorgeht, indem die darin ausgesprochenen Grundsätze unverkennbar auf das Verhandlungsprincip hinweisen. — Erst 1793 ist das Instructionsprincip in der für Preußen damals publicirten, revidirten allgemeinen Gerichtsordnung[5]) rücksichtlich dieses Landes auch auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ausgedehnt worden, ohne jedoch viel Nachahmung zu finden.

II. Wie aber geschichtlich die Begründung des Verhandlungsprincips als Grundregel des gemeinen deutschen Civilprocesses nachgewiesen ist, so erweist sich dasselbe auch durch Abstraction aus den einzelnen für den Proceß geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Dahin gehören aber unter andern folgende: Jeder Civilproceß nimmt erst mit dem Anbringen der Klage, welche das streitige Rechtsverhältniß enthält, seinen Anfang[6]) (§. 143); Einreden des Beklagten können nur dann berücksichtigt werden, wenn sie von diesem gehörig vorgetragen worden sind, es müßten sich denn dieselben auf vorgekommene Fehler stützen, welche eine offenbare Nichtigkeit herbeiführen würden, indem diese von Amtswegen zu berücksichtigen sind (§. 96); ein von der Partei vor Gericht abgelegtes Geständniß macht die Beweisführung rücksichtlich der eingeräumten Thatsachen unnöthig, ohne daß der Richter zu prüfen hat, ob das Geständniß auch der Wahrheit entspreche (§. 28); den Parteien liegt im Allgemeinen die Pflicht der Beweisführung ob, was überflüssig sein würde, wenn das Gericht sich von selbst die erforderlichen Beweisgründe verschaffen müßte und könnte (§. 134 und 182); den Parteien steht ausschließlich das Recht zu die Beweismittel zu wählen (§. 186); diejenige Partei, welche aus dem Ungehorsame der Gegenpartei Vortheil ziehen will, muß die ungehorsame Partei des Ungehorsams anklagen, damit dessen Nachtheile eintreten[7]) (§. 121); die Parteien haben, wenn sie sich

5) Grävell, Commentar zur allgem. Gerichtsordnung für Preußen, I, 13.

6) Nov. 53, Cap. 3, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 34.

7) Gemeinrechtlich gilt der Satz: contumacia non accusata non nocet uneingeschränkt. Compendium, §. 121, Nr. 4.

durch ein Erkenntniß beschwert erachten, das Rechtsmittel der Appellation einzuwenden und gebührend fortzustellen, und selbst wenn dies geschehen ist, kann der Richter zweiter Instanz doch nicht über die vorgetragenen Beschwerden hinaus das vorhergehende Erkenntniß prüfen und das darin Irrige abändern (§. 278); endlich aber können rechtskräftige Endurtheile selbst dann, wenn die Execution angedroht ist, nicht eher vollzogen werden, ehe nicht die siegende Partei darauf anträgt (§. 15, I., S. 122, §. 267).

III. Erscheint hiernach nun die Verhandlungsmaxime als die Grundlage des gemeinen deutschen Civilprocesses, so sind weiter diejenigen allgemeinen Folgerungen, welche daraus für die Proceßtheorie sich ergeben, näher zu betrachten. Als solche sind aber besonders zu erwähnen: A) Kein Civilproceß kann vor Gericht begonnen werden, solange nicht ein bestimmter Kläger auftritt und die Hülfe des Staats zum Schutze für sein verletztes Recht in Anspruch nimmt. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes folgt schon daraus, daß der nächste Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits nicht das öffentliche Wohl ist, sondern die zwischen Privaten bestehenden Rechtsverhältnisse, welche dem Staate, beziehungsweise den Gerichten, so lange unbekannt sind, als sie nicht von den Interessenten zu deren Kenntniß gebracht werden. Angenommen nun auch, daß den Gerichten nicht nur die Existenz eines solchen Verhältnisses zwischen mehren Privatpersonen, sondern auch daß eben dieses Verhältniß verletzt worden sei, bekannt wäre, so könnte das dennoch nicht genügen, um deshalb von Amtswegen ein Civilverfahren einzuleiten, weil einestheils dem in seinem Rechte Gekränkten es freisteht, sich zunächst an einen Schiedsrichter zu wenden — wozu er vielleicht sogar verpflichtet ist —, anderntheils aber der Verletzte, weil er Herr des Gegenstandes des Rechtsstreits ist und nach seinem Gutdünken darüber disponiren kann, durch einen erlaubten Verzicht jede Einmischung des Gerichts erfolglos zu machen im Stande ist. Es muß daher dem Staate genügen bereitwillig zu sein, jedem an seinem Rechte Gekränkten Schutz angedeihen zu lassen, ohne ihm denselben aufdringen zu wollen. Es haben daher auch die Gesetze [8]) aus-

8) Cf. tot. tit. C. ut nemo invitus agere cogatur (3, 7). Nov. 53, cap. 3. Nov. 112, cap. 3. Cap. 19 X. de judiciis (2, 1).

drücklich die freie Willkür des Klägers in Ansehung der Frage, ob er klagen wolle oder nicht, bestätigt.

IV. Wie aber zur Eröffnung jedes bürgerlichen Rechtsstreits ein Kläger unentbehrlich ist, ebenso ist es B) auch nothwendig, daß ein Beklagter vorhanden und von Anfang an dem Gerichte bekannt sei, so daß zwei Parteien in keinem Falle fehlen dürfen [9]). Denn selbst dann, wenn mehre Personen gemeinschaftlich dasselbe Rechtsverhältniß verletzt haben, gebührt dem Kläger die Wahl, ob er einzelne von diesen, und welche, oder alle in Anspruch nehmen will [10]), das Gericht aber kann ihm in dieser Beziehung keine Schranke ziehen. Dem Gerichte aber ist die Kenntniß des Beklagten unentbehrlich, weil gleich die ersten Schritte desselben nicht anders vorgenommen werden können, als wenn dasselbe die Person des Verklagten kennt. Nach dem altrömischen Processe war dies wegen der mündlichen Verhandlung der Sache und weil die in jus vocatio den Anfang des Rechtsstreits machte, um so unentbehrlicher, aber auch heutzutage ist es behufs der richterlichen Verfügung auf die Klage nothwendig (§. 150). Auf der andern Seite hat aber auch der Beklagte das Recht zu fordern, daß ihm sein Gegner namhaft gemacht werde, weil er unter Umständen aus dessen Person sehr wichtige Vertheidigungsmomente herzuleiten im Stande ist. Es sind daher bei jedem Civilproceßverfahren beide streitende Theile zu benennen.

V. Sind nun in jedem Civilrechtsstreite zwei einander und dem Gerichte bekannte Parteien nothwendig, so ist C) zur Fortsetzung des Rechtsstreits die Thätigkeit derselben nicht blos zulässig, sondern conditio sine qua non der ganzen Verhandlung. Diese Thätigkeit ist jedoch nicht eine gemeinsame, vereinte, sondern eine getrennte, zweiseitige, ja oft nur eine einseitige. Denn es kann allerdings hinreichen, wenn einer von beiden Theilen das Erforderliche im einzelnen Falle wahrnimmt, während der andere unthätig bleibt, weil der Civilproceß nicht nach Analogie der

---

9) L. 62 D. de judiciis (5, 1).

10) Eine Ausnahme tritt nur ein bei der provocatio ad agendum generalis. Vergl. Comp., §. 98, Note b.

Grundsätze über Verträge zu beurtheilen ist [11]), vielmehr ein einseitiges Verfahren nicht nur stattfinden kann, sondern auch hinreichend sein muß, damit es nicht in der Hand der einen Partei liege, durch Unthätigkeit den Zweck des gerichtlichen Verfahrens zu vereiteln. Ein solches blos einseitiges Verfahren heißt Contumacialverfahren (§. 120). Die Richtigkeit dieses über die Thätigkeit der Parteien aufgestellten Grundsatzes folgt aber zunächst daraus, daß die Parteien nicht nur während des ganzen Rechtsstreits, sondern selbst noch in der Executionsinstanz Herren des Gegenstandes des Rechtsstreits sind, und deshalb auch ohne Wissen des Richters darüber disponiren können, solange sie nicht auf eine Weise damit zu Werke gehen, daß dadurch der Gang der Sache widerrechtlich gestört würde, wie z. B. durch eine Veräußerung des Gegenstandes des Rechtsstreits, welche daher auch verboten ist [12]); sodann aber auch aus dem Dispositionsrechte der Parteien über diejenigen gesetzlich gestatteten einzelnen Proceßschritte, welche von der Wahl der Parteien abhängen, in der ihnen daher der Richter nicht vorgreifen darf, vielmehr ihrer Thätigkeit überlassen muß, auf welche Weise sie derselben zur Geltendmachung ihres Rechtes sich bedienen wollen. Deshalb wird keine Einrede ex officio, sondern nur dann beachtet, wenn sie von der Partei vorgeschützt worden ist, noch weniger wird die Beweisführung, wo sie mangelhaft ist, oder im Falle vorgekommener Vernachlässigungen die accusatio contumaciae, oder nach ertheiltem Bescheide ein zuläſſiges Rechtsmittel, oder in der Executionsinstanz, der Antrag auf deren Vollstreckung von Amtswegen ergänzt. Es gibt jedoch Zeitpunkte in der Verhandlung eines Rechtsstreits, wo, nachdem die Parteien, gleichviel ob beide oder doch wenigstens eine von ihnen, bereits alle Schritte gethan haben, welche vorangehen mußten, damit das Gericht einen Ausspruch ertheilen oder gewisse gerichtliche Handlungen vornehmen konnte, dann die richterliche Thätigkeit, welche an der Reihe ist, von selbst erfolgen muß, ohne daß die Partei daran zu erinnern

11) L. 83, §. 1, D. de verb. oblig. (45, 1) — nam stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur.

12) Tit. tot. D. de litigiosis (44, 6). Tit. tot. C. ibid (8, 37). Tit. tot. D. de alienat. judicii mutandi causa facta (4, 7).

oder darum zu bitten hat. Insoweit findet also unter jenen Voraussetzungen ein Verfahren von Amtswegen statt. Häufig aber werden dergleichen Abschnitte des Verfahrens durch die Erklärung der Parteien bezeichnet, daß sie jetzt weiter nichts vorzutragen haben. Man pflegt dies conclusio in causa zu nennen und davon die Regel aufzustellen: conclusio in causa partibus os claudit judici aperit (§. 102).

VI. Solange aber die Parteien bei Fortsetzung des Rechtsstreits thätig sein müssen, gilt D) der Grundsatz, daß gegen sie vor der Executionsinstanz kein absoluter Zwang angewendet werden darf, sondern nur ein hypothetischer, d. h. so lange noch keine rechtskräftige Verurtheilung einer Partei vorhanden ist, kann keine von beiden durch wahrhafte Zwangsmittel veranlaßt werden, diejenigen Proceßschritte vorzunehmen, zu welchen sie etwa verpflichtet ist, vielmehr ist das Gericht nur befugt sie dazu unter Androhung des Verlustes derjenigen Proceßschritte, welche mit diesem Schritte zusammenhängen, aufzufordern. Es ist daher in den meisten Fällen ein fingirter Verzicht der einzige Nachtheil, welcher eine ungehorsame Partei trifft. Sobald hingegen eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, also nur noch die Executionsinstanz übrig bleibt, dann tritt absoluter Zwang gegen die unterliegende Partei ein, damit es der Verurtheilte nicht in seiner Gewalt habe, die gerichtliche Hülfe zu vereiteln. Diesen Zwang aber kann der Verurtheilte alsbald dadurch aufheben, daß er dem gegen ihn gefällten Richterspruche überall vollkommen Genüge leistet, z. B. selbst wenn es zur Subhastation seiner Grundstücke gekommen ist, durch Erlegung der ausgeklagten Hauptforderung mit den Nebenansprüchen.

VII. Wenn sich nun aber aus diesen Folgerungen des Verhandlungsprincips ergibt, daß der Hauptgrund desselben in der freien Dispositionsbefugniß der Parteien über das Ihrige enthalten ist, so folgen eben daraus auch mehre Einschränkungen, welche zur richtigen Anwendung des Princips nicht übersehen werden dürfen. Denn es gibt 1) einige Arten von Streitobjecten, welche der Willkür der Parteien nicht so unbedingt unterliegen, bei denen vielmehr aus Rücksichten auf das Gemeinwohl die Privatwillkür mehr oder weniger beschränkt ist, z. B. Ehesachen. Bei Rechtsstreitigkeiten über solche Objecte ist die Thätig-

keit des Civilrichters über die gewöhnlichen Grenzen des Civilprocesses ausgedehnt und ihm mancher sonst unzulässiger Proceßschritt gestattet. Ferner aber gibt es 2) gewisse Bestandtheile des richterlichen Verfahrens über gewöhnliche Streitgegenstände, welche der willkürlichen Disposition der Parteien ebenfalls nicht unterworfen sind, vielmehr von der pflichtmäßigen Thätigkeit des Civilrichters allein abhängen, so daß dieser, ohne den Antrag einer Partei zu bedürfen, also selbständig, zu Werke geht. Es ist dies der Fall bei allen richterlichen Verfügungen, welche nothwendig werden, um Nichtigkeiten, die ohne solche richterliche Schritte nach dem Inhalte der Acten eintreten würden, vorzubeugen. Denn es ist eine der vorzüglichsten Pflichten des Civilrichters, bei Verhandlung eines Rechtsstreits alles Vergebliche und Ungültige ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien möglichst zu vermeiden. Dasselbe aber gilt von allen denjenigen Schritten, welche erforderlich sind, um bei den gerichtlichen Verhandlungen gute Ordnung und Anstand aufrecht zu erhalten, Gerichtspolizei zu üben [13]).

VIII. Damit nun aber das Gericht im Stande sei diese zweifache Pflicht gehörig zu erfüllen, so hat es jeden einzelnen Proceßschritt, ehe es selbst ihn vornimmt, und jeden Antrag einer Partei, ehe es denselben zu weiterer Verhandlung zuläßt, gehörig zu prüfen und mit den gesetzlichen Regeln zu vergleichen, also dessen Zulässigkeit und Rechtsständigkeit zu erwägen und das, was ihm tadelnswerth daran erscheint, alsbald von Amtswegen zu rügen; es ist dies ein Ausfluß der richterlichen Proceßdirection (§. 65 A). Um aber diese richterliche Prüfung zu erleichtern, hat sich seit sehr alten Zeiten die Form der Parteivorträge dahin ausgebildet, daß sie mit wenigen Ausnahmen eine syllogistische ist. Es kommt mithin in jedem einzelnen Falle auf die drei Bestandtheile des Syllogismus an, den Obersatz, den Untersatz und die Conclusion. Von diesen drei Bestandtheilen aber ist der Obersatz nichts Anderes als diejenige Rechtstheorie, welche bei Leitung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits in Frage kommt. Diese kann von der Willkür der Parteien nicht abhän-

13) Jüngster Reichsabschied, §. 50. Reichspolizeiordnung von 1577 §. 33.

gen, weil sie in dem Inhalte der Gesetze selbst besteht und weil dieser, selbst wenn die Parteien unter einander einig wären den falschen Inhalt der Gesetze für den richtigen ansehen zu wollen, dadurch kein gesetzliches Ansehen erlangen würde [14]). Denn der Richter muß nicht allein den wahren Inhalt der Gesetze kennen, sondern ist auch nach gemeinem Rechte verpflichtet, die Irrthümer der Parteien in dieser Hinsicht zu verbessern [15]). Deshalb aber ist, wie sich ohne Weiteres ergibt, der Obersatz des richterlichen Syllogismus von dem Benehmen der Parteien durchaus unabhängig. Indessen bezieht sich jene gesetzliche Vorschrift über die dem Gerichte inwohnende Kenntniß der Gesetze nur auf die inländischen, gehörig publicirten oder recipirten Gesetze; man darf daher von den Gerichten nicht erwarten, daß sie den Inhalt ausländischer Gesetze, auf welche es etwa im einzelnen Falle ankommt, kennen, vielmehr werden diese als Thatsache und daher als des Beweises bedürftig geachtet. Ebenso wenig können Gewohnheiten, wenn sie auch in demselben Lande, wo das Gericht ist, gelten, als dem Gericht von selbst bekannt, vorausgesetzt werden, so lange nicht bei demselben Gerichte über deren Inhalt rechtskräftige Entscheidungen gefällt worden sind; in jedem andern Falle gehören sie zu den von den Parteien zu erweisenden Thatsachen. Endlich aber gehören Privilegien, jura singularia, nicht zu derjenigen Rechtstheorie, welche das angerufene Gericht ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen hat, weil es den privilegirten Personen frei steht auf ihr Privilegium zu verzichten, und anzunehmen ist, daß sie dies stillschweigend thun, wenn sie sich auf ihr Privilegium nicht berufen. Sollen also diese Vorzugsrechte von Einfluß im einzelnen Falle sein, so müssen sie von Dem, welchem sie zustehen, ausdrücklich geltend gemacht werden [16]). Noch mehr aber

---

14) L. 19 D. de appellat. (49, 1).

15) L. un. C. ut quae desunt advoc. (2, 11). „Non dubitandum est, judicem si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus (et juri publico) convenire." Pr. J. de officio judicis (4, 17). Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. L. 13 C. de sentent. et interloc. (7, 45). Nov. 125, cap. 1. Nov. 113, cap. 2.

16) L. 69 et 156 D. de reg. jur. (50, 17).

muß dies in gleicher Weise von allen solchen Proceßschritten gelten, an deren Stelle die Partei bessere hätte wählen und benutzen können. Das Gericht hat den Parteien in der Wahl der ihnen zustehenden verschiedenen erlaubten Mittel zur Erreichung ihres Zwecks nicht vorzugreifen, und kann, wenn eine Partei, die Regeln der Klugheit vernachlässigend, das weniger Gute wählt, darin nur einen stillschweigenden Verzicht auf das Bessere erblicken. So gut nun aber der Obersatz des richterlichen Syllogismus bei civilrichterlichen Entscheidungen von der Willkür der Partei unabhängig ist, so muß es auch die Schlußfolgerung sein. Denn sie beruht lediglich auf der Reflexion des Gerichts und ist eine Folgerung, welche das Gericht nach den unabänderlichen Regeln der Logik aus dem Unterstellen der gegebenen Thatsachen unter den Obersatz durch eigene Thätigkeit zieht. Auf diese Thätigkeit des Verstandes kann aber die Partei durch ihre Anträge nicht einwirken, da der Richter nicht Diener der Partei, sondern des Gesetzes, des Staats ist, die Gesetze ihn aber verpflichten, unbeirrt durch die Irrthümer der Parteien, nach bestem Wissen und Gewissen durch Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auf den einzelnen Fall Recht zu sprechen. Diese Verpflichtung des Richters findet sich nicht nur in ausdrücklichen Vorschriften, sondern auch in einzelnen Beispielen der Gesetze bestätigt [17]). So wird z. B. im Römischen Recht dem Gerichte die Befugniß zugesprochen, dem Kläger dann mehr, als er gebeten hat, zuzuerkennen, wenn sich aus den Acten unverkennbar ergibt, daß aus einem Irrthum, nicht in Folge eines Verzichts der Partei auf das Mehr, zu wenig gefordert worden sei.

IX. Ganz anders verhält es sich dagegen mit dem dritten Bestandtheile des richterlichen Syllogismus, mit dem Untersatze. Denn dieser besteht im Civilproceß in Thatsachen, d. h. in der Existenz oder Nichtexistenz gewisser Personen, Sachen oder Handlungen, in Eigenschaften derselben und in Ereignissen, welche

---

17) Nov. 125, cap. 1. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 57, §. 34, J. de action. (4, 6). Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, velut si cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenterit — sine periculo agit; in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio condemnat.

sich mit jenen Personen und Sachen zugetragen haben können, überhaupt in Allem, was nicht Theorie der inländischen, gehörig publicirten Gesetze ist. Hiervon gilt aber die allgemeine Regel [18]): daß das Gericht alle Thatsachen, welche für den einzelnen Rechtsstreit von Bedeutung sein sollen, nur durch die Parteien kennen lernt, und daß daher, wenn irgend ein Factum in Betracht gezogen werden soll, dasselbe aus den Acten selbst hervorgehen muß, widrigenfalls für den einzelnen Rechtsstreit auch die ausgemachteste Thatsache als nicht vorhanden betrachtet werden muß. Der Grund dieser Regel liegt theils darin, daß in den wenigsten Fällen die Gerichte im Stande sind, die wirklich vorgefallenen Thatsachen und deren wahren innern Zusammenhang genau kennen zu lernen, wenn diese nicht durch die Parteien gehörig vorgebracht und da nöthig allenfalls bewiesen werden; theils und besonders darin, daß es sehr leicht zu Parteilichkeit führen würde, wenn man dem Gericht erlauben wollte, Thatsachen zu suppliren, die den einzelnen Mitgliedern desselben aus dem Privatleben vielleicht bekannt sind. Die Gesetze haben daher vorgeschrieben, daß das Gericht zunächst diejenigen Thatsachen als wahr gelten lassen soll, worüber beide Streittheile einig sind, gleichviel ob der Richter, als Privatmann, sie für wahr hält oder nicht, so daß in Bezug auf solche übereinstimmend erzählte Thatsachen nicht einmal ein Beweis zuzulassen, noch weniger zu erfordern ist [19]). Sollten aber die Parteien über erhebliche Thatsachen uneinig sein, so muß eine von ihnen, keineswegs aber der Richter, die Wahrheit der behaupteten Thatsache darthun, und zwar fällt diese Verpflichtung des Beweises in der Regel Demjenigen zur Last, welcher aus einer von ihm behaupteten Thatsache Rechte für sich ableitet [20]). Kann nun aber Derjenige, welchem diese Pflicht obliegt, den erforderten Beweis der streitigen Thatsachen nicht erbringen,

---

18) Deshalb heißt es im Römischen Recht: Tu mihi narra factum, ego tibi narrabo jus.

19) Jüngster Reichsabschied, §. 50. L. 56 D. de re judicata (42, 1). Post — confessionem in jure factam nihil quaeritur — quia in jure confessi pro judicatis habentur.

20) L. 2 D. de probat. (22, 3). Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. Unten §. 134.

oder läßt er die dazu gesetzte Frist unbenutzt verstreichen, so wird die von ihm aufgestellte Behauptung für unrichtig gehalten und der Rechtsstreit nach dieser Ansicht vom Factum entschieden, ohne daß die Gegenpartei schuldig ist das Gegentheil der Behauptung darzuthun [21]). Ja selbst in dem Falle, wenn durch eine Beweisführung die Behauptung einer Partei wahrscheinlich geworden aber nicht so hinreichend erwiesen worden wäre, um für gewiß zu gelten, gleichwol die Partei, welche die Thatsache behauptete und zu beweisen hatte, mit einem bessern Beweise nicht zugelassen werden kann, darf doch das Gericht nicht beliebige, ihm zweckmäßig erscheinende Schritte thun, um das streitige Factum vollständig aufzuklären, vielmehr ist dasselbe darauf beschränkt, je nachdem der Beweis mehr oder weniger Ueberzeugung geliefert hat, der einen oder andern Partei einen Erfüllungs- oder Reinigungseid aufzuerlegen (§. 134), um zu einem Endresultate über die Wahrheit jener Thatsache zu kommen. Hieraus ergibt sich ganz klar, wie sehr die Civilgerichte in der Art und Weise, die relevanten Thatsachen aufzuklären, durch die Verhandlungsmaxime beschränkt, und wie wenig sie von Amtswegen dafür zu thun befugt sind.

X. Aus der bisherigen Darstellung erscheint aber als eine nicht zu vermeidende Wirkung und Folge des Verhandlungsprincips, daß häufig das Resultat des einzelnen Rechtsstreits in blos formeller Gerechtigkeit bestehen wird, welche mit den reellen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Denn es werden nicht selten Thatsachen von den Parteien oder deren Anwälten weggelassen, oder falsch dargestellt, von denen die Richtigkeit des Anspruchs oder der Vertheidigung abhängt, oder wäre dies auch nicht der Fall, so mislingt hier und da der Beweis, indem die Beweismittel nicht gehörig benutzt werden oder nicht ausreichen, um das Sachverhältniß vollständig ins Klare zu setzen, oder aber es wird der Beweis ganz versäumt, und das hat zur Folge, daß, weil

---

21) L. 4 i. f. C. de edendo (2, 1). Actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. L. 23 C. de probat (4, 19). Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 42 D. de reg. jur. (50, 17).

der Richter von Amtswegen Thatsachen weder suppliren noch aufklären kann, diejenigen Thatsachen, welche aus den Acten hervorgehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Wahrheit entsprechen oder nicht, als Grundlage für die richterliche Entscheidung dienen. Man verlangt daher von einem Urtheile nur, daß es formell gerecht sei, d. h. den Gesetzen und dem Inhalte der Acten entsprechend, gleichviel ob der letztere, um dem reellen Sachverhältnisse zu entsprechen, ein anderer nicht nur hätte sein können, sondern auch müssen. Aus dieser Vernachlässigung der reellen Gerechtigkeit macht man dem gemeinrechtlichen Civilprocesse nicht selten einen Vorwurf, allein kaum mit genügendem Grunde. Denn einestheils waren die Gerichte befugt, von jeder Partei zu erwarten, daß sie, um ihr wahres Recht ins Licht zu setzen, alle erlaubte Schritte thun würden, anderntheils mußten sie annehmen, daß die Partei, welche in Bezug hierauf etwas verschuldet hat, den dadurch entstehenden Schaden sich lediglich selbst zuzuschreiben habe, und ein Versehen in dieser Richtung nur als eine Art von Veräußerung zu betrachten sei, da es sich allein um veräußerliche Güter handelt, über welche der Partei die freie Disposition zusteht.

XI. Faßt man nun nach den bisherigen Ausführungen die einzelnen Grundsätze des Verhandlungsprincips zusammen, so ergibt sich daraus für den gemeinen deutschen Civilproceß folgendes Resultat: Zum Anfange wie zur Fortsetzung eines bürgerlichen Rechtsstreits bis zu dessen völliger Beendigung sind zwei streitende Theile, welche dem Gerichte wie einander namhaft gemacht sein müssen, und deren, wenigstens einseitige Thätigkeit in Bezug auf den fraglichen Rechtsstreit unentbehrlich, während dagegen die ungebetene Selbstthätigkeit des angerufenen Richters sich bei der gerichtlichen Verhandlung auf die Beurtheilung des Inhalts der Parteivorträge und der Acten nach der richtigen Rechtstheorie und nach den logischen Regeln über Folgerichtigkeit aus den vorliegenden Prämissen, sowie auf diejenigen richterlichen Verfügungen beschränkt, welche nothwendig sind, um ungültige oder nutzlose und vergebene Schritte oder Ungebührnisse bei dem gerichtlichen Verfahren, gleich bei einem Unternehmen derselben, zu verhüten, sofern deren fehlerhafte Eigenschaft dieser Art aus den Acten zu ersehen ist.

§. 17.

3) Allgemein begründet ist der Anspruch auf rechtliches Gehör.

I. Unter dem rechtlichen Gehör im Civilprocesse versteht man jetzt keineswegs blos das Anhören mündlicher Vorträge einer Partei, wie das wol bei dem frühern mündlichen Verfahren oder dem von dem Munde in die Feder der Fall war, sondern eben sowol und noch häufiger das Annehmen und Prüfen schriftlicher Vorträge der Parteien, mithin überhaupt die den Gesetzen entsprechende Zulassung und Berücksichtigung aller Arten von Parteivorträgen, ehe das Gericht auf dieselben Maßregeln ergreift. Dieses rechtliche Gehör theilt man nun A) in Ansehung des zu hörenden Subjects nicht sowol in das Gehör der Parteien und das eines Dritten, welcher sich in den Rechtsstreit einmischt, weil dieser dadurch alsbald ebenfalls Partei wird, sondern vielmehr in ein einseitiges und ein Wechselgehör, je nachdem die richterliche Verfügung auf einen Antrag erfolgt, wenn auch nur die eine Partei zuvor gehört wurde, oder aber wenn beide Theile über denselben Antrag gehört worden sind. Es hat nämlich kein Bedenken, daß ein einseitiges Gehör überall da genügt, wo der Richter gegen Denjenigen, welcher den Antrag gestellt hat, eine Verfügung ergehen läßt, den Antrag also in der einen oder andern Weise zurückweist; denn der Antragsteller ist in solchem Falle gehört und die Gegenpartei kann nicht mehr als eben die Verwerfung des Antrags verlangen. Sobald dagegen auf einen Antrag etwas Anderes als eine Verwerfung desselben erfolgen soll, müssen zwei Arten richterlicher Verfügungen unterschieden werden, solche, welche das verfügende Gericht hinterdrein ohne Einschränkung auf Zeit und Form selbst wieder zurücknehmen und abändern kann, sobald Gründe der Zurücknahme sich später ergeben, also rein proceßleitende Beschlüsse, und solche, durch welche Befugnisse und Pflichten der Parteien festgestellt werden, deren Anfechtung daher auch nur im Wege der Einwendung von Rechtsmitteln dagegen erfolgen kann, also Entscheidungen. Zu den erstern ist einseitiges Gehör unverkennbar

hinreichend, weil dem voraus nicht Gehörten es unbenommen bleibt, seine Gegengründe hinterher genügend vorzutragen und dadurch den Richter von der Unhaltbarkeit seiner Verfügung zu überzeugen und zu deren Rücknahme zu bewegen. Anders dagegen ist es bei der zweiten Art richterlicher Verfügungen, bei den Entscheidungen, da diese, wenn sie nicht in der Form von Rechtsmitteln angefochten werden, rechtskräftig, mithin unabänderlich werden. Bei dieser Art richterlicher Verfügungen muß ein Wechselgehör beider Theile vorangehen, damit nicht der Gegner des Antragstellers außer Stand gesetzt werde, vor Fällung der Entscheidung sich gehörig zu vertheidigen und solchergestalt auf die Abfassung der Entscheidung einzuwirken. Es ist daher ein wesentliches Erforderniß der gerichtlichen rechtskräftigen Erkenntnisse, daß ihnen eine richterliche Verfügung vorangegangen sei, wodurch das Gericht die Gegenpartei aufforderte, über die gegentheiligen Anträge sich zu erklären, also die Veranlassung zu einem Wechselgehör gab. Gleichgültig ist es dann, ob die Veranlassung gehörig benutzt worden ist, oder aber ob der Aufgeforderte von der ergangenen Aufforderung keinen Gebrauch gemacht hat; denn in diesem Falle wird angenommen, die Vertheidigung sei erfolgt und der Ungehorsame unterwerfe sich im Voraus einer richterlichen Beurtheilung.

II. In Ansehung der Eigenschaften oder Erfordernisse der zu hörenden Parteianträge, theilt man aber das rechtliche Gehör B) in beschränktes und unbeschränktes. Zwar müssen, um Misbräuche und Unordnungen zu verhüten, bei jedem Parteivortrage gewisse Eigenschaften stets vorhanden sein, wenn derselbe zugelassen und beachtet werden soll, und man kann insoweit behaupten, daß ein völlig unbeschränktes rechtliches Gehör gar nicht existire. Denn nicht nur in Ansehung der Form des Vortrags, in der äußern Beschaffenheit, der Sprache, der Zeit, müssen gewisse gesetzliche Vorschriften beobachtet sein, deren Vernachlässigung dem Gerichte ohne Weiteres und ohne Rücksicht auf dessen Inhalt das Recht gibt, den mangelhaften Vortrag zurückzuweisen oder unbeachtet zu lassen, z. B. beim Mangel der Unterschrift eines zur Praxis berechtigten Anwalts, sondern auch in Ansehung des Inhalts müssen die allgemeinen Vorschriften befolgt sein, von deren Beobachtung die Zulässigkeit eines Vortrags, wenn er im Uebrigen

an keinem Formfehler leidet, abhängt, wie z. B. daß nur juristische Gründe, nicht Gesichtspunkte der Politik oder Gnade darin entwickelt sind, daß nicht andere als für den einzelnen Fall relevante Argumente vorgetragen werden; daß man sich nicht auf nur mögliche Thatsachen stütze, sondern auf solche, welche wirklich vorgefallen sein sollen. Würde gegen diese Vorschriften über den Inhalt der Parteivorträge im einzelnen Falle gefehlt, so könnte ein solcher Vortrag allerdings gleichfalls alsbald zurückgewiesen werden; allein doch erst dann, wenn dessen Prüfung vorangegangen wäre, so daß in dieser Beziehung unstatthafte Anträge jedenfalls angenommen werden müssen, sobald nur den formellen Vorschriften Genüge geleistet ist. Man kann deshalb Niemand das in gehöriger Form begehrte rechtliche Gehör zum Voraus entziehen oder ihn deshalb wol gar mit Strafen bedrohen, selbst nicht, wenn es sich um einen beendigten Rechtsstreit handelt, weil es sich denken läßt, daß neue Gründe beigebracht werden, die eine Annullirung oder Restitution bewirken könnten. Alles dies könnte man unter den absoluten Bedingungen des rechtlichen Gehörs zusammenfassen. Allein wenn auch alle diese absolut zu beobachtenden Schranken jedes Parteivortrags im einzelnen Falle beobachtet sind, so gibt es doch noch relative oder specielle Erfordernisse einzelner Arten von Parteivorträgen, und darauf gründet sich die Eintheilung des rechtlichen Gehörs in das beschränkte und unbeschränkte ganz vorzüglich. Solche Beschränkungen beziehen sich theils auf die Lage des einzelnen Rechtsstreits, theils auf die Gattung der Proceßart, in welcher der einzelne Rechtsstreit geführt wird. Aus der Lage des Rechtsstreits ergibt sich in Bezug auf denselben einestheils die völlige Unzulässigkeit alles dessen, was, mag es an und für sich auch zulässig sein, zu spät in diesem Rechtsstreite vorgetragen wird, z. B. alles bereits Versäumten oder Präcludirten, anderntheils die wenigstens zeitweise Unstatthaftigkeit solcher Schritte, welche voreilig gethan werden, d. h. früher als die Situation des Rechtsstreits deren Vornahme gestattet, z. B. Abhörung von Zeugen vor der Litiscontestation. Aus der Verschiedenheit der Proceßart dagegen entsteht eine relative Unzulässigkeit mancher Proceßschritte, weil das gemeine deutsche Recht zwei Hauptarten des gerichtlichen Verfahrens in Civilsachen unterscheidet, von denen die eine als die Regel

zu betrachten ist und daher den Namen des ordentlichen Processes führt, während die andere die Ausnahme, den außerordentlichen oder summarischen Proceß, bildet. Der ordentliche Proceß hat die Bestimmung, die streitenden Parteien in Ansehung des streitigen Rechtsverhältnisses ein für alle mal und definitiv auseinanderzusetzen. Hieraus, und weil nach beendigtem solchen Verfahren kein zweiter Rechtsstreit über dieselbe Frage stattfindet, folgt, daß vollständige Aufklärung alles Erheblichen in dieser Proceßart zugelassen werden müsse, ohne den Verlust an Zeit und Kosten zu veranschlagen. Daher ist das unbeschränkte rechtliche Gehör für diese Proceßart insofern begründet, sobald nur bei den einzelnen Vorträgen die gehörige Form und die allgemeinen materiellen Beschränkungen beobachtet sind, auch nichts nach Lage des Rechtsstreits Unstatthaftes vorgebracht ist. Ein abgekürzteres, schnelleres Verfahren soll dagegen in den summarischen Proceßarten stattfinden. Es zerfallen diese aber wieder in zwei Unterarten. Die eine will, wie der ordentliche Proceß, eine definitive Entscheidung des Streitgegenstandes herbeiführen, und läßt daher keine davon getrennte Verhandlung über dasselbe Streitverhältniß im ordentlichen Processe zu, hat vielmehr nur den Zweck, durch kürzeres Verfahren Zeit- und Kostenverlust zu ersparen, weil entweder dieser Verlust außer Verhältniß zur Hauptsache stehen, oder durch den Austrag der Sache im ordentlichen Proceßwege die Entscheidung einer andern Sache zu lange aufgehalten werden würde, oder weil durch eine gesetzliche Vorschrift gewissen Streitgegenständen dieses kürzere Verfahren als Privilegium gegeben ist [1]). Bei dieser Classe summarischer Sachen ist das rechtliche Gehör, besonders in Ansehung der Form der Vorträge, z. B. durch Ausschließung schriftlicher, und in Ansehung der Zeit mehr beschränkt, als im ordentlichen Processe, indem die Termine viel kürzer als bei diesem sind; in materieller Beziehung dagegen ist alles Relevante und nicht Versäumte hier ebenso zulässig, wie im ordentlichen

---

1) Für die erstern, die Bagatellsachen, ist dieses Verfahren geordnet in Nov. 17, cap. 3; für Nebensachen in L. 54 D. de judic. (5, 1): per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; als Privilegium, z. B. für Ehesachen, in Clem. 2, de judiciis (2, 1).

Processe. Dagegen hat die zweite Classe der summarischen Processe eine andere Bestimmung, indem sie nicht zur alsbaldigen definitiven Auseinandersetzung der Streittheile führen soll, die Gesetze es vielmehr zweckmäßig gefunden haben, über dasselbe Rechtsverhältniß mehre Rechtsstreitigkeiten, mindestens zwei, zu gestatten. Der eine dieser Rechtsstreite hat den Zweck, dem Kläger schnell zum Genusse des behaupteten Rechts zu verhelfen, wenn er nur im Stande ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit seines Anspruchs ohne Aufschub herbei zu schaffen, und der Beklagte nicht ebenso schnell im Stande ist, die Widerlegung dieses Anspruchs zu bewirken. In solchem Falle würde es nun ungerecht sein, den Beklagten mit seinen Vertheidigungsgründen deshalb auszuschließen, weil er nicht im Stande war, sie ebenso schnell darzuthun; deshalb erfolgt hier zunächst eine provisorische Entscheidung, worin dem Beklagten eine anderweite Ausführung vorbehalten wird. Diese erfolgt dann in dem zweiten Rechtsstreite, in welchem Alles aufgeklärt wird, was nicht unzulässig, aber nicht schnell genug zu erweisen war, und darauf eine definitive Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen den Streittheilen. Bei dieser Classe von summarischen Processen wird die Beschränkung des rechtlichen Gehörs besonders dadurch herbeigeführt, daß Parteianträge, die an sich vollkommen zulässig wären, deshalb ausgeschlossen werden, weil sie nicht schnell genug erwiesen werden können. Insofern ist daher hier eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs vorgeschrieben, die weder im ordentlichen Processe, noch in der ersten Classe der summarischen vorkommt [2]).

III. Endlich darf man auch nicht glauben, daß das zulässige rechtliche Gehör stets auf dieselbe Weise veranlaßt werde, vielmehr sind auch in dieser Rücksicht C) zwei Arten desselben zu unterscheiden, insofern dasselbe entweder von der Partei selbst **freiwillig nachgesucht**, oder von dem Proceßgerichte die **Veranlassung**, ja sogar die **ausdrückliche Aufforderung dazu gegeben** wird. Jenes erstere ist jede Partei, jeder rechtlich bei dem einzelnen Rechtsstreite Interessirte zu begehren vollkommen

2) Beispiele dieser Art sind das Possessorium summariissimum und ordinarium, bezüglich das Possessorium und Petitorium.

berechtigt, solange er etwas, was eben jetzt noch zulässig ist, vorbringen zu können glaubt, auch ohne daß das Gericht oder die gesetzliche Ordnung des Verfahrens eine besondere Veranlassung dazu gäbe. Nur die geschehene conclusio in causa kann der Partei, als ein Verzicht hierauf, im Wege stehen. Allein dieser bezieht sich nicht auf solche Vertheidigungsmomente oder andere wichtige Thatumstände, welche erst jetzt der Partei bekannt werden, auf wahre nova, indem dergleichen, jederzeit wenn sie vorfallen, von den Parteien aus eigenem Antriebe vorgetragen werden können, sobald nur um Aufhebung der conclusio in causa gebeten worden ist. Das auf diese Weise von den Parteien aus eigenem Antriebe gesuchte rechtliche Gehör genügt aber nicht immer, so oft das Gericht im einzelnen Falle etwas verfügen will, vielmehr ist dasselbe dann meistens in der Lage, den Partien eine ausdrückliche Veranlassung dazu zu geben, damit sie bestimmte Anträge stellen, bezüglich Erklärungen abgeben. Es gilt dies namentlich, solange ein Wechselgehör der Streittheile noch nicht stattgefunden hat. Unter den desfallsigen gerichtlichen Verfügungen muß man aber zwei Arten der Veranlassung zu dergleichen rechtlichem Gehör unterscheiden, die directe und die indirecte. Im ordentlichen Processe nämlich und in derjenigen Art des summarischen Verfahrens, welche gleichfalls eine Definitiventscheidung herbeiführen soll, ist es Regel, daß das Gericht derjenigen Partei, welche noch nicht gehört worden, deren Interesse bei dem Vorzunehmenden gleichwol nicht zu bezweifeln ist, ausdrücklich auffordere, ihr befehle, sich darüber zuvörderst zu erklären, d. h. dasjenige vorzubringen, was sie nach der Lage des Processes zur Wahrung ihrer Rechte für nothwendig erachtet. In dem ältern gemeinrechtlichen Verfahren erfolgte ein solcher Befehl durch eine Citation, weil das Verfahren, besonders im ordentlichen Processe, mündlich, folglich das Erscheinen der Parteien vor Gericht erforderlich war, um die nöthigen oder zulässigen Erklärungen zu Protokoll zu geben. Es haben daher ältere Proceßrechtslehrer [3]) vielfach den Grundsatz aufgestellt, daß die Vorladung ein allgemeines Essentiale des Civilprocesses sei. Diese

3) Biener, System. proc. jud., §. 80.

Behauptung ist aber schon nach dem ältern Rechte unrichtig für alle summarische Proceßverhandlungen, welche entweder nur zu einer provisorischen Regulirung der Streitverhältnisse, oder zur summarischen Erörterung eines Incidentpunktes im ordentlichen Processe dienen sollen, wobei aber kein mündliches Verfahren vorgeschrieben ist, endlich auch für den ordentlichen Proceß nach der neuern gemeinrechtlichen Einrichtung des Verfahrens, wonach nur schriftliche Verhandlungen stattfinden, welche den Gerichten, ohne die Gegenwart der Parteien zu erfordern, zugeschickt werden. Es ist daher nach diesem Proceßverfahren vielmehr das Communicativdecret diejenige ausdrückliche Aufforderung zur Vertheidigung, welche an die Stelle der Citation in dem ordentlichen und denjenigen summarischen Proceßarten, welche zu einer Definitiventscheidung der Sache führen sollen, getreten ist, so daß die Citation nur noch das eigenthümliche Essentiale für gewisse Proceßgattungen und Schritte bleibt (§. 150). Dieser directen Aufforderung zur Rechtsvertheidigung hat sich das Gericht aber stets dann zu bedienen, wenn gerichtliche Beschlüsse vorbereitet werden sollen, welche fähig sind, rechtskräftig, unabänderlich zu werden; denn diese setzen voraus [4]), daß den Parteien zu einem wechselseitigen Gehöre wenigstens die Veranlassung gegeben worden sei; ferner wenn im ordentlichen Processe durch den Richter irgend eine Präclusion in der Hauptsache da erfolgen soll, wo sie nicht ohne Weiteres gesetzlich eintritt; endlich wenn das Gericht nicht versichert ist, daß die Partei das für den vorliegenden Fall Unentbehrliche aus eigenem Antriebe vorbringen werde. — Dagegen wird die indirecte Veranlassung zum rechtlichen Gehöre vom Gerichte einestheils durch alle Notificationen gegeben, welche keinen andern Zweck haben, als die Partei mit den Ereignissen in ihrem Rechtsstreite bekannt zu machen, und ihr dadurch die Veranlassung zu geben, das der Sache Angemessene, wenn sie es für nöthig hält, vorzutragen. Das Gericht spricht durch dieselben kein Begehren aus, sondern ertheilt der Partei nur die Erlaubniß zu einer Erklärung

---

4) Cap. 1, X. de causa possess. (2, 12). Nec nos contra inauditam partem aliquid possumus definire. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 23 a. E.

in der Sache. Anderntheils aber finden solche indirecte Veranlassungen zum rechtlichen Gehör in denjenigen summarischen Proceßarten statt, welche nur eine vorläufige Regulirung der Streitverhältnisse bezwecken, aber auch auf die weniger wichtigen Incidentpunkte des ordentlichen Processes, wie z. B. die Cautionsleistung, ausgedehnt werden. Das Gericht bedient sich in solchen Fällen, um dergleichen Proceßschritte herbeizuführen, zu welchen eine directe Veranlassung den Parteien vom Gerichte noch nicht gegeben worden ist, sehr häufig eines mandatum cum oder sine clausula. Beide Arten von Verfügungen unterscheiden sich aber dadurch von einander, daß bei einem mandatum cum clausula Demjenigen, welchem etwas befohlen wird, ausdrücklich die Erlaubniß ertheilt wird ungehorsam zu sein, jedoch unter der Voraussetzung, daß er erhebliche Ursachen dazu habe, und diese dem Gerichte gehörig mittheile. Denn das ist die Clausel des Befehls. Dagegen bleibt bei dem mandatum sine clausula eine solche ausdrückliche Erlaubniß ganz weg, so daß der richterliche Befehl wie eine Definitivsentenz, der unbedingt Folge zu leisten sei, lautet. Gleichwol aber besteht zwischen jenem Mandate und einer Definitivsentenz ein erheblicher Unterschied insofern, als es sich bei den mandatis sine clausula von selbst versteht, daß die Vertheidigungsmomente, welche eine Partei zu haben glaubt, auf gewöhnlichem Wege ohne Rechtsmittel vorgetragen werden können, während ein Definitiverkenntniß eine solche Vertheidigung ausschließt und nur die Benutzung von Rechtsmitteln zuläßt. Aus dem Allem ergibt es sich aber, daß es weder gleichgültig, noch eine bloße Formdifferenz ist, ob die Gerichte die Veranlassung zum rechtlichen Gehör direct oder indirect geben, und im letztern Falle, ob die Erlaubniß die Vertheidigungsmomente vorzutragen ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten wird; denn davon hängen die verschiedenen Proceßarten ab, welche auf die Partei-Rechte und Pflichten in processualischer Hinsicht großen Einfluß haben.

§. 18.

4) Absolut wesentlich ist das Actensammeln.

I. Schon im neuern Römischen Rechte [1]) finden sich ausdrückliche Anordnungen darüber, daß die Vorträge der Parteien sowol als die Entscheidungen des Gerichts aufgezeichnet werden sollen, namentlich damit sich bei Appellationen das Sachverhältniß erkennen lasse. Ausgedehnter wurde diese Vorschrift im Kanonischen Rechte [2]) gegeben, indem dort angeordnet wird, daß alle Vorträge der Parteien, sowie alle Verfügungen des Gerichts schriftlich aufgezeichnet werden sollen, und daß der Richter bei Strafe zu seinen Verhandlungen einen Notar oder zwei geeignete Zeugen zuzuziehen habe, welche das Verhandelte getreulich niederschreiben. Die Vorschriften der ältern Reichsgesetze [3]) weichen wenig hiervon ab, während die neuern [4]) davon ausgehen, daß die Parteien ihre Anträge schriftlich zu den Acten bringen, und deshalb anordnen, daß sowol diese schriftlichen Vorträge sorgfältig gesammelt und beisammen aufbewahrt werden sollen, als daß auch die übrigen Verhandlungen und Verfügungen von Seiten des Gerichts gehörig zu Papier gebracht und jenen Vorträgen beigefügt werden. Alles blos mündliche Verfahren der Civilproceßsachen ist daher nach gemeinem deutschen Rechte nichtig.

II. Diese Vorschrift des neuern Rechts hat aber nicht allein

---

1) L. 2, 3, C. de sent. ex per. recit. (7, 44). L. 15 C. de appellat. (7, 62). Arg. Nov. 17, cap. 3, u. Nov. 113, cap. 3. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, Bd. 2, Abh. 1, S. 237 fg.

2) Cap. 11 X. de probat. (2, 19). Cap. 1 X. de libelli oblat. (2, 3). Clem. 3 de V. S. Interessant für die Form der ältesten Actenführung ist Schaumann, Die Acten des ersten schriftlichen Processes nach römisch-kanonischen Formen (Jena 1847).

3) Reichskammergerichtsordnung von 1521, Th. 24, §. 3 a. E., und von 1555, Th. 1, Tit. 28, §. 5; Th. 2, Tit. 31, §. 2. Reichshofrathsordnung, Tit. 3, §. 2, 20, 22—24. S. auch Brackenhöft, Erörterungen, §. 145, S. 392.

4) Reichsabschied von 1570, §. 89, 96, 97. Deputationsabschied von 1600, §. 5, 76, 78. Jüngster Reichsabschied, §. 102.

auf die Besetzung der Gerichte einen unvermeidlichen Einfluß gehabt (s. §. 42), sondern es sind daraus auch, hingesehen auf die gesetzliche Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs der Streittheile, folgende allgemeine Grundsätze über Führung der Gerichtsacten und Benutzung [5]) derselben durch die Parteien, als Richtschnur für die Gerichte aufgestellt worden. 1) Die über einen Rechtsstreit ergangenen Acten sind für die Parteien nie ein Geheimniß. Es liegt daher dem Gerichte ob, Alles was zu den Acten kommt, derjenigen Partei mitzutheilen, die solches nicht bereits kennt, und wäre es von einem Dritten zu den Acten gebracht, beiden Theilen, wo nicht mitzutheilen, doch zu notificiren, damit die Parteien um die Mittheilung nachsuchen können, wenn sie es für wichtig genug halten. Hierin besteht die gemeinrechtliche Publicität der Civilacten [6]). Es hat daher zwar nicht jeder Neugierige, wol aber Jeder, der ein rechtliches Interesse im einzelnen Fall nachweisen kann, einen Anspruch, mit dem Inhalt der Acten bekannt zu sein, bezüglich sich damit bekannt machen zu dürfen. Vermöge dieses Grundsatzes steht 2) jedem Interessenten das Recht zu, Einsicht der Gerichtsacten zu fordern, wiewol diese als Eigenthum des Staats zu betrachten sind, dessen Gerichte sie führen. Nur alsdann kann eine Ausnahme von dem Recht der Parteien, die Einsicht der Acten, wenn auch stets in Gegenwart einer Gerichtsperson, zu fordern, stattfinden, wenn entweder der Proceßgang es nothwendig macht, gewisse Schritte des Processes für einige Zeit den Parteien vorzuenthalten, und diese Zeit noch nicht verflossen ist (s. §. 201 fg.), oder wenn die Geschäftsführung des Gerichts zur Zeit der begehrten Inspection die Vorlegung der Acten geradezu nicht gestattet, z. B. weil

5) Ueber das Recht der Acteneinsicht vergl. Arnold, Erörterungen aus dem Rechtsgebiete, Heft 1, S. 1 fg.

6) Schmidt, Handbuch des Civilprocesses, Bd. 1, §. 96. Brackenhöft, a. a. O., §. 147. Vom politischen Standpunkte behandelt dieses v. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, II, 1821; II, 1824. v. Maurer, Ueber Oeffentlichkeit und Mündlichkeit (Heidelberg 1824). Buchner, Das öffentliche Gerichtsverfahren (Erlangen 1825). Vergl. auch Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Proceßrechts (1849), S. 244—252. Bayer, Vorträge über Civilproceß, S. 42 fg.

der Referent an der Relation arbeitet; denn dann muß die nachsuchende Partei die Beendigung dieser Arbeit abwarten. Endlich sollen aber 3) alle diejenigen Actenstücke, welche den Parteien noch nicht bekannt geworden sind, so lange keine juristische Wirkung haben, bis eine legale Bekanntmachung an die Parteien erfolgt ist, so daß bis dahin kein solches Actenstück der Abfassung eines Erkenntnisses zu Grunde gelegt werden darf.

Zweites Capitel.

Erörterung der besondern Bestimmungen einzelner Theile der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie.

Erste Hauptabtheilung.

Vom Gegenstande des gerichtlichen Rechtsstreits.

§. 19.

Einleitung.

I. Bei der Darstellung der Bestimmungen über die einzelnen Theile der gemeinen deutschen Civilproceßtheorie sind diejenigen über den Gegenstand des Rechtsstreits voranzustellen, theils um nichts im Wege dieser Rechtsverfolgung zu behandeln, was nicht dahin gehört, z. B. keine Verwaltungssache im Civilproceßwege, theils um die wichtigen Eigenschaften kennen zu lernen, welche der Gegenstand eines Civilprocesses an sich tragen kann, theils aber weil zu vollständiger Beurtheilung des Gegenstandes die Kenntniß der Eigenschaften, sowie der processualischen Rechte und Pflichten des Subjects des Rechtsstreits nicht nothwendig, dies dagegen umgekehrt der Fall ist z. B. bei der Beurtheilung der Statthaftigkeit des forum connexitatis causarum, theils endlich, weil dasselbe Subject bei Streitigkeiten der verschiedensten Art vorkommen kann, indem z. B. dasselbe Gericht die Functionen eines Richters in einem bürgerlichen Rechtsstreite und die einer Administrativbehörde zu besorgen hat.

II. Der letzte Gegenstand aller bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist höchst mannichfaltig, indem theils körperliche Sachen

aller Art, theils das Thun oder Lassen bestimmter Personen, theils deren rechtlicher Zustand, theils mehre dergleichen Dinge neben einander denselben bilden. Es würde daher ebenso nutzlos sein, dieses Object näher zu entwickeln und zu erörtern, als es unthunlich wäre dasselbe erschöpfend darzustellen, zumal auch juristische Regeln sich höchstens über die Bestimmungen rücksichtlich des Werthes desselben aufstellen lassen. Deshalb darf denn auch das Rubrum einer Rechtssache nicht gerade diesen letzten Gegenstand enthalten und z. B. nicht lauten: in Betreff eines Pferdes. — Der eigentliche und nächste Gegenstand der richterlichen Prüfung, und eben darum auch der Parteiverhandlungen, sind hingegen die Rechtsverhältnisse der Parteien. Denn man kann zu den Objecten der erstern Art nur dann gelangen, wenn zwischen den Parteien ein Rechtsverhältniß vorhanden ist, vermöge dessen der Kläger ein vollkommenes Recht hat dasselbe zu fordern, der Beklagte aber zwangspflichtig ist dasselbe zu leisten. Ohne diese Voraussetzung würde weder Selbsthülfe eintreten können, noch der gerichtliche Civilproceß, als das Surrogat jener. Diese Befugnisse und Verbindlichkeiten bilden daher den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits, so daß in allen Fällen die Frage zur Erörterung kommt, bald ob ein solches Rechtsverhältniß zwischen den streitenden Theilen existire, bald nur welches der Umfang oder die Wirkung desselben sei, bald auch beides zugleich. Ueber die Art und Beschaffenheit dieses nächsten Gegenstandes der Rechtsstreitigkeiten gibt es nun allerdings Regeln, welche die Grenze bezeichnen, innerhalb deren man für dieselben gerichtliche Hülfe suchen und erlangen kann, sobald über Rechtsverhältnisse der Art ein Streit obwaltet. Es wird daher zunächst von diesen Grenzen (§. 20—25) und dann von den processualischen, d. h. von den auf das Proceßsubject oder die Art des Verfahrens sich beziehenden und einwirkenden Eigenschaften des eigentlichen und nächsten Gegenstandes aller Rechtsstreitigkeiten die Rede sein (§. 26—32).

§. 20 und §. 21.

I. Grenzbestimmung der Rechtsstreitigkeiten: 1) im Allgemeinen, 2) insbesondere.

a) Begriff der bürgerlichen Proceßsachen.

I. Die Kennzeichen des wahren Gegenstandes [1]) eines bürgerlichen Rechtsstreits vor Gericht lassen sich zuvörderst aus allgemeinen Grundsätzen der Civilrechtspflege — der Natur der Sache — ohne Rücksicht auf positive Gesetzvorschriften dahin bestimmen, daß 1) nicht abstracte Rechtssätze, sondern nur Befugnisse und Obliegenheiten bestimmter Individuen in Bezug und Anwendung auf einen bestimmten, schon vorhandenen Fall (individualisirte Rechtsverhältnisse) hierher gehören. Denn einmal sind die Gerichte nur das Surrogat der Selbsthülfe, diese aber kann nur bei solchen Rechtsverhältnissen gedacht werden, dann aber ist ihre Bestimmung nicht Belehrung über die Rechtstheorie zu geben, soweit das nicht eine Folge der von ihnen ausgehenden Entscheidung eines Rechtsstreits ist, also indirect geschieht, und endlich sind sie nur Diener der Gesetze, weshalb sie neue Rechtssätze nicht feststellen können. — 2) Von den individualisirten Rechtsverhältnissen bilden aber auch nur diejenigen, welche zwischen Privatpersonen, als solchen, vorkommen, den Gegenstand gerichtlicher Proceßverhandlung. — Der Staat selbst oder dessen Regent, als solcher, bedarf die richterliche Hülfe nicht, um, wenn er in seinen Rechten verletzt oder verhindert worden ist, seine Ansprüche zu realisiren; denn seine Selbsthülfe wäre keine unerlaubte, da er ein ausschließliches Zwangsrecht im Inlande genießt, welches die Gerichte nur in seinem Namen und Auftrage ausüben. Wäre hingegen der Staat oder dessen Regent, als solcher, zu verklagen, so kann das vor den eigenen Gerichten nicht ohne Weiteres geschehen, indem es für diese Beklagte an der

1) Gönner, Handbuch, I, 25; II, 26. Pratobevera, Material., I, Abth. I. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, IV, 305—370; XII, 393; XVII, 306; XXI, 254; XXII, 47; XXIII, 263.

nöthigen Unterwürfigkeit fehlen würde, ohne welche Niemand vor Gericht belangt werden kann. Aber auch die Frage, ob ein Regent, welcher als Privatperson aus privatrechtlichen Verhältnissen zu belangen wäre, ohne ausdrücklich erklärte, freiwillige Unterwerfung unter seine eigenen Gerichte, bei diesen verklagt werden könnte, würde nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts wol kaum zu bejahen sein, da die doppelte Person desselben schwer ohne Nachtheil zu trennen sein würde, z. B. bei Mandaten, Verurtheilungen, Hülfsvollstreckungen; es müßte vielmehr dem freien Willen des Regenten überlassen bleiben, inwiefern er sich in einen gerichtlichen Rechtsstreit einlassen wollte. Selbst bei Regreßklagen gegen Staatsbeamte, welche durch in ihrer amtlichen Stellung begangene Fehler Privatpersonen Nachtheile zugefügt haben, läßt sich die Nothwendigkeit nicht darthun, daß diese, ohne desfallsige besondere gesetzliche Vorschrift, im gewöhnlichen Proceßverfahren vor den Gerichten desselben Landes zu verhandeln seien; es könnten vielmehr diese Ansprüche vor dem Obergerichte des Beamten, ohne förmlichen gerichtlichen Austrag, entschieden werden. — 3) Von Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen gehören aber nur solche zur Erörterung und Entscheidung vor Gericht, für welche gültige Rechtsnormen, Gesetze im weitesten Sinne, vorhanden sind. Denn nur nach diesen haben die Gerichte, da ihnen keine gesetzgebende Gewalt verliehen ist, den einzelnen Fall zu erörtern und zu entscheiden. Sollten diese jedoch zur Regulirung des einzelnen Falls nicht ausreichen, dann würden sich dieselben an die gesetzgebende Behörde deshalb zu wenden haben. — 4) Die zur gerichtlichen Proceßverhandlung sich eignenden Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen müssen aber bereits völlig wirksam und bestritten oder doch verhindert, gestört sein. Jenes, weil zukünftige Rechte, welche noch nicht betagt sind, keine Selbsthülfe veranlassen können, mithin auch nicht deren Surrogat, den gerichtlichen Proceß; dieses aus gleichem Grunde, und überdies, weil ein eigenes Verfahren für die Behandlung unbestrittener Rechtsgeschäfte gesetzlich angeordnet ist, welches seine eigenen Regeln hat und wesentlich vom Civilproceß abweicht. — 5) Bei diesen völlig wirksamen, aber streitigen, oder doch verletzten Privatrechtsverhältnissen kann aber ferner nur das eigene rechtliche Interesse der Parteien, nicht das etwa concurrirende

öffentliche, Gegenstand des Civilprocesses sein, weil hierüber den Parteien das Dispositionsrecht fehlt, welches doch die Grundlage des Verhandlungsprincips ist, auf dem aller Civilproceß nach deutschem gemeinen Rechte beruht. — 6) Endlich kann aber auch nur solches Privatinteresse aus den bezeichneten Rechtsverhältnissen Gegenstand der gerichtlichen Rechtsverfolgung sein, welchem kein gebietendes oder verbietendes Gesetz des Staats, vor dessen Gerichten die Rechtsverfolgung stattfinden soll, entgegensteht.

II. Im positiven deutschen gemeinen Rechte sind aber diese allgemeinen Kennzeichen des Gegenstandes eines Civilprocesses theils bestätigt theils modificirt. Was zunächst das Römische Recht anlangt, so findet man darin keinen Streit noch Zweifel über den Umfang und die Kennzeichen des Gegenstandes der gerichtlichen Rechtsverfolgung in Civilsachen, noch weniger Spuren eines Conflicts zwischen den Gerichten und andern Staatsbehörden, wol in Folge der theils einfachen, theils vereinigten Staatsverwaltung älterer Zeit, theils des Actionensystems. Dagegen erhalten nicht allein mehre der oben angeführten, aus der Natur der Sache abgeleiteten allgemeinen Kennzeichen der Civilproceßsachen im Römischen Recht ihre Bestätigung, indem der Grundsatz, daß nur individualisirte Rechtsstreitigkeiten, nicht abstracte Rechtssätze im Wege des Civilprocesses behandelt werden können, nothwendig aus dem ganzen römischen Actionensystem und der damit zusammenhängenden Lehre von den Exceptionen folgt, auch nach Aufhebung der Befugnisse des Prätors ausdrücklich anerkannt ist, daß die Gerichte nur nach gegebenen Gesetzen Recht zu sprechen haben [2]), ferner vorgeschrieben ist, daß nur wegen bereits vorhandener, wirksamer, verletzter oder doch verhinderter Rechte [3]) eine gerichtliche Rechtsverfolgung stattfindet,

---

2) Pr. J. de offic. judic. (4, 17). L. 64, §. 9 i. f. D. soluto matrim. (24, 3). Jn quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.

3) L. 23, 41, D. de judic. (5, 1). L. 46 D. de recept. (4, 8). L. 40 D. ad leg. Aquil. (9, 2). L. 14, §. 2, 4, D. de aqua et aquae pluv. (39, 3). L. 186 D. de reg. jur. (50, 17). Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito, peti non potest. L. 35 D. de judiciis — — judicium

endlich daß nur das Privatinteresse aus streitigen Rechtsverhältnissen in dieser Art des Verfahrens geltend gemacht werden könne, nicht aber das öffentliche Interesse, wie dies besonders auch aus dem Unterschiede der delicta privata und publica erhellt; sondern es ist auch im Römischen Recht eine wichtige Erweiterung des oben angeführten zweiten Kennzeichens dadurch gegeben, daß auch wegen öffentlicher Verhältnisse bestimmter Art, und wegen der Ansprüche an den Regenten aus dessen Privatrechtsverhältnissen der bürgerliche Rechtsweg gestattet wurde. Das Erstere ist namentlich der Fall bei allen Interdicten und Popularklagen, welche zur Wahrung eines öffentlichen Interesses gegeben wurden [4]), dann aber bei den Proceßansprüchen, welche gegen Beamte wegen der durch Fehler in ihren Amtsverrichtungen Privatpersonen verursachten Nachtheile erhoben werden, indem diese bei den gewöhnlichen Gerichten von dem Verletzten angebracht werden konnten, da das Römische Recht die Verpflichtung solcher Beamten zu den Obligationen quasi ex delicto zählt [5]). In letzterer Beziehung ist ausdrücklich anerkannt, daß der Regent in seinen Privatverhältnissen klagend durch einen sogenannten procurator fisci auftrat, ebenso aber auch vor den Gerichten deshalb belangt werden konnte [6]).

III. Im Kanonischen Rechte haben die Päpste wol noch vielfach eine Erweiterung der Grenzen für die Gegenstände einer bürgerlichen Rechtsverfolgung versucht, und selbst unter dem Vorwande einer von einem öffentlichen Beamten begangenen Sünde einen Recurs an ihre Gerichte gestattet, obgleich der Gegenstand nichts Anderes als eine gewöhnliche Civilproceßsache war; allein man hat sich gegen derartige Misbräuche in Deutschland jederzeit

---

non potest esse in pendenti vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. L. 213 D. de verb. sign. (20, 16). — Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IV, 350; VIII, 16 fg.

4) L. 1 D. ne quid in loco publ. (43, 8). L. 42 pr.; L. 43, §. 3, D. de proc. (3, 3). L. 30, §. 3, D. de jureiur. (12, 2). L. 1 pr.; L. 2, §. 1, D. de interd. (43, 1). Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer, S. 126.

5) Pr. J. de oblig. quae quasi ex delicto (4, 5). Siehe Comp., §. 67, Note f. g.

6) L. 4 C. de legib. (1, 14). Digna vox est maiestate regnantis legibus alligatum se profiteri.

gesträubt, auch durch die Concordata nationis Germanicae zu sichern gesucht[7]).

IV. In der deutschen Gesetzgebung endlich sind, in Rücksicht auf die Grenzen der Civilproceßobjecte, drei Perioden wesentlich zu unterscheiden: die Zeit des noch fortdauernden Reichsverbandes, also bis 1806, die Zeit nach Auflösung des Deutschen Reichs bis zur Errichtung des Deutschen Bundes, und endlich die Zeit nach dieser. In der ersten Periode[8]) bildeten Streitigkeiten mehrer deutscher Staaten unter sich, z. B. wegen Grenzirrungen, staatsrechtlicher Dienstbarkeiten u. s. w., ebenso den Gegenstand eines Civilprocesses, wie Ansprüche einzelner Ausländer an einen deutschen Staat aus Privatrechtsverhältnissen, z. B. aus einem Lieferungsvertrage, ja es gehörten sogar Rechtsstreitigkeiten zwischen deutschen Territorialregenten — nicht dem Kaiser als solchem — und ihren Unterthanen, sowol einzelnen als im Ganzen, vertreten durch die Landstände, sei es wegen Privatansprüchen, z. B. aus Staatsanlehnen, sei es wegen Misbrauchs der Regierungsgewalt, durch welche wohlerworbene Rechte Einzelner verletzt wurden, als Gegenstand der bürgerlichen Rechtsverfolgung vor die Gerichte. Der Grund dieser Erweiterung lag in der Unterwürfigkeit der deutschen Territorien und ihrer Regenten unter Kaiser und Reich, sowie in den Verboten der Selbsthülfe, welche für alle Arten der deutschen Reichsunterthanen ergangen waren. Hieraus folgte aber auch, daß in allen diesen Fällen nicht die Landesgerichte, sondern einzig und allein die höchsten Reichsgerichte berechtigt waren einen solchen Civilproceß vor sich verhandeln zu lassen und zu entscheiden. Wenn dagegen auch die schon römischrechtliche Ausdehnung des Civilproceßverfahrens auf die Privatangelegenheiten des Regenten rücksichtlich der deutschen Territorialregenten beibehalten wurde, so waren doch diese Rechtsstreitigkeiten nicht so unmittelbar an die Reichsgerichte

7) Vergl. Wahlcapitulation, Art. 14, §. 1, 4, 5.

8) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 4, §. 18. Jüngster Reichsabschied, §. 106. Kammergerichtsvisitationsabschied v. 1713, §. 10. Wahlcapitulation, Art. 15, §. 4; Art. 19, §. 6. Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, §. 147. Vergl. auch die kammergerichtlichen Entscheidungen in v. Cramer, Wetzlar. Nebenstunden.

gebunden, vielmehr fand deren Behandlung vor den Gerichten des eigenen [9]) Landes vermöge eines alten Herkommens jederzeit in der Weise statt, daß der Regent durch den Kammeranwalt seine Ansprüche geltend machte, bezüglich durch diesen vertreten wurde. Noch weniger Bedenken hat es gehabt, die Regreßklagen gegen alle Arten von Staatsbeamten wegen der im Kreise ihrer amtlichen Wirksamkeit begangenen Fehler bei den gewöhnlichen Landesgerichten, denen der zu belangende Beamte unterworfen war, zuzulassen. Endlich wurden sogar Processe zwischen einzelnen Privatpersonen über Besitz und Eigenthum von Regalien, z. B. der Gerichtsbarkeit, vor den Gerichten zugelassen. Abgesehen von diesen Erweiterungen der Civilproceßobjecte, behielt das gemeine deutsche Recht die übrigen oben angeführten Kennzeichen derselben bei. Landesgesetze haben dagegen schon damals, und namentlich gegen das Ende des Reichsverbandes gesucht, für die einzelnen Territorien Manches davon auszunehmen und den Gerichten zu entziehen, was nach allgemeinen Grundsätzen vor dieselben gehörte, z. B. in Landescultur-, Lotteriesachen rc. Allein sobald derartige beschränkende Bestimmungen im Wege der Berufung zur Kenntniß der Reichsgerichte kamen, so erkannten diese solche Gesetze nicht an, weil dadurch die kaiserliche Jurisdiction ungebührlich beschränkt wurde.

V. Diese Eigenheiten der deutschen Reichsjustizverfassung verloren aber in der Zeit nach der Auflösung des Reichsverbandes bis zur Errichtung des Deutschen Bundes, von 1806 — 1815, beinahe alle Anwendbarkeit durch die Rheinbundesacte, welche während dieser Zeit galt. Denn durch den Rheinbund war den einzelnen deutschen Gebieten die Souverainetät eingeräumt, die Reichsgerichte aber waren mit Auflösung des Reichs aufgehoben worden [10]). Aus beiden Gründen wurden diejenigen Objecte, welche in Folge der Reichsverfassung zur Verhandlung vor die Reichsgerichte gehörten, ferner nicht als Gegenstände eines civilprocessualischen Verfahrens betrachtet und zugelassen. Aber auch

---

9) Insoweit galt also L. 4 C. de legib. (1, 14). Ausdrücklich hat diese Unterwerfung unter die eigenen Landesgerichte König Friedrich II. von Preußen erklärt. Vergl. Klein's Annalen, XIV, 318 fg.

10) Rheinbundesacte, Art. 26 fg.

die Gegenstände völkerrechtlicher Natur, welche nach den Reichsgesetzen civilproceßmäßig behandelt wurden, konnten um so weniger auf diesem Wege ferner geschlichtet werden, als der Rheinbund sich mit den innern Verhältnissen der Bundesglieder nicht beschäftigen sollte, sondern lediglich seine Thätigkeit gegen Außen wendete, der Protector desselben aber sich nie in die innern Angelegenheiten der Bundesglieder mischen zu wollen versprochen hatte.

VI. Mit der Errichtung des Deutschen Bundes aber (1815), hat dies Alles wieder wesentliche Veränderungen erlitten, ohne daß jedoch das ehemalige Reichsrecht in dieser Materie völlig wiederhergestellt worden wäre. Denn es sollen die völkerrechtlichen Streitigkeiten zwischen mehren deutschen Bundesstaaten unter sich zwar wieder nur auf dem Wege des Civilprocesses erörtert und geschlichtet werden, allein nicht in Folge der Unterwürfigkeit dieser Staaten unter ein Oberhaupt, wie ehemals, sondern lediglich in Folge ausdrücklicher Verabredung [11]). Daraus folgt dann, daß die Gerichte, welche diese Streitigkeiten erörtern und entscheiden sollen, nur als Schiedsrichter, welche für den einzelnen Fall von den Streitenden unter Vermittelung des Bundestags erwählt werden, unter den Namen von Austrägen diese Streitigkeiten zu behandeln haben. Auch die staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Regenten und ihren eigenen Unterthanen, sowie zwischen diesen unter sich, sollen zwar im Allgemeinen noch jetzt im Civilproceßwege ausgetragen werden, es sind jedoch hierbei wesentliche Unterschiede nicht unbeachtet zu lassen. Entsteht nämlich zwischen der Regierung eines Bundesstaats und den Landständen desselben ein solcher Streit, dann soll die Sache an das permanente Bundesschiedsgericht gebracht werden, welches den Streit summarisch zu verhandeln und zu entscheiden [12]) hat. Sobald dagegen zwischen einzelnen Unterthanen, nicht den Landständen, und ihrer Regierung über staatsrechtliche Verhältnisse Streit entsteht, sind solche Streitigkeiten nur dann das Object des Civilprocesses, wenn nach der Verfassung des einzelnen Landes der Proceßweg dafür als zulässig erklärt ist, so daß eine Hemmung der Justiz nach der

11) Art. 9 der Bundesacte; vergl. dazu Art. 12 des Bundesbeschlusses vom 30. October 1834.

12) Art. 1. fg. des Bundesbeschlusses vom 30. October 1834.

Landesverfassung vorliegen würde, wenn im einzelnen Falle die Regierung der Thätigkeit der Gerichte Hindernisse in den Weg legen wollte, für eine solche aber würde eine Beschwerde bei dem Bundestage [13]) zulässig und nicht ohne Erfolg sein. Wollen jedoch die Unterthanen wegen Verletzung öffentlicher Rechtsververhältnisse nicht den Regenten, die Staatsregierung, sondern Staatsbeamte in Anspruch nehmen, so ist ein Unterschied zu machen, jenachdem diese Beamte Justiz- oder Administrativbeamte sind. Denn ist es ein Justizbeamter, der bei Ausübung seiner amtlichen Thätigkeit pflichtwidrig gehandelt hat, so unterliegt es weder nach Deutschem, noch nach Römischem Recht [14]) einem Zweifel, daß gegen ihn gerichtliche Hülfe bei demjenigen Obergerichte zu suchen und zu erlangen sei, welchem derselbe nach der Hierarchie der Justiz subordinirt ist, mag es sich darum handeln, die Pflichtwidrigkeit abzuwenden und ein gesetzmäßiges Verfahren zu substituiren, oder Ersatz des durch die Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens zu erlangen. Sind es dagegen Administrativbeamte, welche wegen Pflichtwidrigkeit in Anspruch genommen werden, so kann der Rechtsweg gegen sie zuvörderst nicht betreten werden, um dieselben dadurch zur gehörigen Ausübung ihres Amtes anzuhalten; vielmehr ist es nur Sache der ihnen vorgesetzten Administrativbehörde darüber zu entscheiden, ob eine nicht gehörige Ausübung des Amtes stattgefunden habe, und je nach ihrem Gutdünken die entsprechende Anweisung an die Behörde, gegen welche Beschwerde geführt wird, zu erlassen. Sobald dagegen durch eine Administrativbehörde eine Rechtsverletzung wirklich herbeigeführt worden ist, und deshalb auf Entschädigung gedrungen wird, dann ist es eine wahre Civilproceßsache, welche ebenso gut wie gegen eine Justizbehörde, gegen eine Administrativbehörde auf dem gewöhnlichen Rechtswege zu verfolgen ist, da die letztern, wie alle andere Unterthanen, gewissen Gerichten für alle Fälle untergeordnet sind, in welchen rechtliche Ansprüche gegen sie erhoben werden [15]). Hat jedoch die Administrativbehörde, gleichviel

---

13) Art. 29 der Wiener Schlußacte.

14) Pr. J. de offic. jud. (4, 17). Tit. D. de magistr. conven. (27, 8). Jüngster Reichsabschied, §. 157 a. E. Vergl. §. 67.

15) Schon das Römische Recht erstreckt in Tit. C. de magistr. con-

ob ein Collegium oder ein Einzelner, auf speciellen Befehl des Regenten gehandelt, sich auch dem Gehorsam dagegen nicht entziehen können, so tritt eine Ausnahme hiervon ein, indem dann die Verantwortung nur den Regenten trifft, der, wie schon angeführt, auf dem gewöhnlichen Rechtswege nicht zu belangen ist, sobald nicht die Landesverfassung etwas Anderes enthält. Kommen endlich bei manchen Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen, als solchen, staatsrechtliche Verhältnisse in Frage, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der obschwebende Rechtsstreit im Wege des Civilprocesses auszutragen ist, obgleich das Object nicht zu den Privatrechtsverhältnissen gehört, da in dieser Beziehung eine Aenderung desjenigen Rechtszustandes, welcher zur Zeit des Deutschen Reichs galt, überall nicht eingetreten ist. Fälle dieser Art sind namentlich, wenn ein Privatmann gewisse Regalien in Anspruch nimmt, welche ihm entweder ganz oder doch in ihren Folgerungen bestritten werden, oder wenn durch den Misbrauch eines solchen Regals Grund zu Entschädigungsansprüchen gegeben wird. — In Ansehung der privatrechtlichen Streitigkeiten aber, welche zwischen dem Regenten, als Privatmann, z. B. in Folge des Besitzes von Chatullgütern, gegen seine Unterthanen, oder von diesen gegen ihn geführt werden, ist durch die Bundesverfassung in keiner Weise eine Aenderung des bestandenen Herkommens herbeigeführt worden, und es sind diese daher, soweit nicht etwa die Verfassung des einzelnen Landes etwas Anderes bestimmt, von der Verfolgung vor den Gerichten im Wege des Civilprocesses nicht ausgeschlossen (§. 49).

VII. Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich aber folgendes **Resultat** für den Begriff deutscher Civilproceßsachen. Es können dieselben zwar staats- oder privatrechtlicher, ja sogar in gewisser Weise völkerrechtlicher Natur sein, nur müssen sie individualisirte Rechtsverhältnisse betreffen, welche ein wenigstens von einer Partei behauptetes, aber bestrittenes oder gestörtes, wohlerworbenes Recht zur Grundlage haben, welches daher

---

ven. (5, 75) die Verantwortlichkeit auf alle Staats-, nicht blos die Justizbeamten, und gestattet sogar gegen Administrativbeamte, welche mit Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse sich Rechtsverletzungen erlauben, ausdrücklich Selbsthülfe. L. 5 C. de jure fisci (10, 1). Nov. 124, cap. 3, i. f.

aus bereits vorhandenen Rechtsnormen, Gesetzen 2c. beurtheilt werden kann, bereits völlig wirksam ist, und nur um des eigenen rechtlichen Interesses der Parteien willen, von und gegen Personen, die einem deutschen Civilgerichte unterworfen sind, verfolgt wird, dessen Verfolgung aber auch nicht durch gebietende oder verbietende Gesetze untersagt ist. Es rechtfertigt sich daher der Begriff des Gegenstandes eines gerichtlichen Civilprocesses, wie solcher im §. 21 des Comp. dahin aufgestellt wird: „Streitigkeiten über gegenwärtige Rechte und Verbindlichkeiten von Personen, die einem deutschen Richter unterworfen sind, wobei aber hier nur das rechtliche Interesse des Klägers wider einen bestimmten Gegner aus bereits vorhandenen Rechtsnormen verfolgt wird.“ Dabei versteht es sich von selbst, daß nur von dem Begriffe nach gemeinem deutschen Rechte die Rede ist, nicht aber darauf Rücksicht genommen werden kann, was die Gesetzgebungen der einzelnen deutschen Staaten daran geändert haben. Denn bei dem jetzigen öffentlichen Rechtszustande läßt es sich nicht mehr, wie in den Zeiten des Deutschen Reichs, in Zweifel ziehen, daß die einzelnen Staaten auf verfassungsmäßigem Wege derartige landesgesetzliche Veränderungen gültig vornehmen können.

VIII. Bleiben wir nun bei dem gemeinen deutschen Rechte stehen, so ist als eine Eigenthümlichkeit desselben noch zu erwähnen, daß die Civilproceßsachen als eine besondere Unterart der Justizsachen betrachtet werden. Denn die deutschen Reichsgesetze [16]) bedienen sich dieses letzten Ausdrucks als eines Gattungsbegriffes, unter welchem außer den Civilproceßsachen die Criminalsachen und die nicht streitigen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit begriffen sind, und unterscheiden durch den gemeinschaftlichen Namen diese dreierlei Arten der Gerichtsgeschäfte von den Regierungs- oder Administrativsachen. Eine solche Unter-

---

16) Franz II. Wahlcapitulation, Art. 1, §. 8; Art. 14, §. 8, 15. Ueber die Geschichte des Begriffs Justizsachen. C. v. Pfizer, Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz (1828), §. 31—51. Derselbe, Einwendung gegen Zulässigkeit der Verwaltungsjustiz (1833). Pfeiffer, Praktische Erörterungen, Bd. 3, Abh. 10; Bd. 5, S. 201—520; Bd. 6, S. 1—135. Ersch und Gruber, Encyklopädie, s. v. Justiz, Section 2, Th. 30, S. 92 fg.

scheidung erschien aber um so zweckmäßiger, als nach der ältern einfachen Staatsverwaltung fast durchgängig derselbe Beamte, gleichviel ob eine physische oder juristische Person, ein Einzelner oder ein Collegium, jene zwei, materiell so wesentlich verschiedenen, Gattungen von Staatsgeschäften zu verwalten hatte, die Rechtspflege und die Administration, und es schon deshalb nothwendig war, die Verschiedenheit der Dienstobliegenheiten durch diese Hauptbezeichnungen derselben hervorzuheben. Daß man aber gerade unter der Gattung der Justizsachen jene drei an sich so verschiedenen Gegenstände zusammenfaßte, dafür lag die Hauptveranlassung wol zunächst in einer gewissen formellen Aehnlichkeit derselben, dann aber auch in einigen materiellen Uebereinstimmungen. Denn so fanden sich in jener Beziehung bei Civil- und Criminalsachen, namentlich solange der accusatorische Proceß galt, Kläger und Beklagter, Beweisführungen, Urtheile, Appellationen u. s. w., und selbst bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit reden die Reichsgesetze nicht allein von Jurisdiction im weitern Sinne, sondern es kommen auch hier Beweise, Sacherörterungen durch die Gerichte, Decrete und Appellationen vor[17]). Materiell aber stimmen jene drei Arten der Justizsachen überein, indem alle drei mit wohlerworbenen Rechten der Interessenten zu thun haben, diese, soweit sie sich an das Gericht wenden, demselben unterworfen sein müssen, die Entscheidung bei allen aus derselben Rechtsquelle, nach Rechtsgrundsätzen aus schon vorhandenen gültigen Rechtsnormen[18]), erfolgen muß und endlich das landesherrliche Cabinet auf alle regelmäßig keinen Einfluß haben kann und soll, während dies, sobald es zweckmäßig befunden wird, bei Administrativsachen uneingeschränkt concurrirt. Darum ist es nothwendig, nicht nur die Justizsachen von den Regierungssachen völlig abzusondern, sondern auch die Verschie-

---

17) Ein solches Decret ist z. B. das de alienando. Wegen der Zulässigkeit der Appellationen s. L. 1, §. 12, D. quando appell. (49, 4). Puchta, Der Dienst der deutschen Justizämter, §. 24.

18) Auch bei Handlungen der freiw. Gerichtsbarkeit reichen bloße Regeln der Klugheit und Politik nicht hin, um das Gericht zu und in der ihm obliegenden Thätigkeit zu bestimmen. L. 5, §. 14 D. de rebus eorum qui sub tutela (27, 9).

denheiten zwischen den drei Arten von Justizsachen, welche ungeachtet ihrer Aehnlichkeit bestehen, hervorzuheben.

§. 22.

b) Absonderung derselben 1) von Sachen, welche nicht einmal Rechtssachen sind, wie

α) Regierungs- und Administrativsachen.

I. Um nun die Administrativsachen[1]) von den Justiz- und insbesondere den Civilproceßsachen sicher unterscheiden zu können, wird man sich weniger durch eine Betrachtung des handelnden Subjects, als des Gegenstandes der Verhandlung sowie der Grundsätze des Verfahrens bestimmen lassen müssen. Denn wenn auch in den Fällen, wo von dem Regenten, als solchem, oder von den obersten Staatsbehörden unmittelbare Verfügungen selbst in Bezug auf einzelne Fälle ausgehen, es nicht zweifelhaft sein kann, daß dies keine Proceß- oder Justizsache sei, so wird doch, wenn dergleichen Verfügungen von einer untergeordneten Staatsbehörde ausgehen, die Frage nicht nach dem handelnden Subjecte sich entscheiden lassen. Der Grund dafür liegt darin, daß man derartige Sachen nicht den Gerichten allein, sondern umgekehrt auch hier und da Justiz- und Civilproceßsachen lediglich administrativen Behörden, wie Polizei-, Kammer-Behörden, oder aber gemischten Behörden, wie Consistorien, zugewiesen hat. Dagegen läßt sich aus der Betrachtung des Gegenstandes wol entscheiden, ob eine Administrativsache vorliege oder nicht. Denn in souverainen Staaten beziehen sich die Administrativsachen bald auf auswär-

---

1) Minnigerode, Beiträge zur Beantwortung der Frage: was ist Justiz- und was ist Administrativsache? (Darmstadt 1835). Roßhirt in seiner und Warnkönigs, Zeitschrift für Civil- u. Criminalrecht, II, 132. Funke, Die Verwaltung und ihr Verhältniß zur Justiz (Zwickau 1838). Derselbe, Trennung der Justiz und Verwaltung (Leipzig 1840). Brackenhöft, Erörterungen, S. 104—126. Schmid, Handbuch, §. 20, Bd. 1, S. 32 fg.. — Vergl. auch Seuffert, Archiv für Entscheidungen, Bd. 1, Nr. 105; III, 148; IV, 251; V, 92; VI, 252, 253; VII, 357.

tige Verhältnisse, also auf diejenigen zu solchen Personen, welche der thätigen Staatsbehörde gar nicht unterworfen sind, wol gar selbst zu einem eigenen fremden Staate, bald zwar auf innere Verhältnisse, d. h. solche, welche die Staatsmitglieder unter sich oder auch zu ihrem eigenen Staate angehen, beschäftigen sich aber dann theils mit dem Erlaß allgemeiner Regeln, sei es für alle Arten der Staatsglieder oder für einzelne Classen derselben — Gesetzgebungs- oder Verfassungssachen —; theils mit den Rechtsverhältnissen einzelner bestimmter Individuen, und zwar in diesem Falle bald mit solchen, welche aus Gründen des öffentlichen Wohles oder der Gnade — selbst auch nur durch den Erlaß einer bisher hindernden Pflicht — vom Staate neubegründet werden: Privilegien-, Anstellungs-, Gnadensachen —, bald mit solchen staatsrechtlichen Rechtsverhältnissen, in welchen der Staat, als juristische Person, dem Individuum als seinem Unterthan und in Hinsicht auf den Staatszweck, das allgemeine Wohl, dem Privatinteresse gegenübersteht: Steuer-, Militär-, Hoheits-, Expropriations- und andern Sachen, wo das Dominium eminens des Staats, wenn auch unter Entschädigung des gegen seinen Willen eines wohlerworbenen Rechts beraubten Individuums, zur Geltung kommt. Die Administrativsachen betreffen daher weniger individualisirte, als vielmehr allgemein wichtige Verhältnisse eines ganzen Staats, sei es aller Unterthanen, oder doch einzelner Classen derselben. Deshalb kann auch die Art des Verfahrens sich nicht, wie in Justiz- und namentlich Civilproceßsachen, lediglich nach bereits bestehenden gesetzlichen Normen und was dem gleich zu achten ist, namentlich nicht nach Rechtsgründen richten, sondern sie wird, wenn auch allgemeine Gesetze die Grundlage bilden, den Gründen der Zweckmäßigkeit und den Rücksichten des gemeinen Wohles vor allen Dingen Rechnung zu tragen haben. Endlich aber gilt von den Administrativsachen durchaus nicht diejenige Freiheit vom Antheile und Einflusse des Cabinets, bezüglich des Landesherrn, welche als das nothwendige Erforderniß einer guten Justizverwaltung anzusehen ist.

II. Allein auch die genaueste Grenzbestimmung, welche zwischen Justiz- und Administrativsachen wird gezogen werden können, wird doch nie den Fall ganz verhindern, daß die nämliche Angelegenheit nicht bisweilen in verschiedenen Beziehungen das

Object der Thätigkeit der beiderlei Zweige der Staatsgeschäfte werde, namentlich Verwaltungs- und Civilproceßsache, möge dies nun gleichzeitig oder successiv der Fall sein[2]). In Fällen dieser Art wird also von einer gemischten Administrativ- und Justiz-, insbesondere Civilproceßsache die Rede sein, und es werden Conflicte nicht vermieden werden, mag eine und dieselbe Behörde beide Gattungen von Staatsgeschäften zu besorgen haben, oder mag die Justiz von der Verwaltung in Ansehung des Subjects, welches für die Handhabung des einen oder andern Zweiges der Staatsgewalt bestellt ist, getrennt sein. Für die Behandlung solcher Fälle müssen daher eigene Regeln aufgestellt werden. — In Frankreich hat man, als in Folge der Revolution die ganze Staatsverwaltung neu organisirt wurde, zuerst daran gedacht, für solche Fälle, welche man administrativ-contentiöse[3]) nannte, besondere Anordnungen zu treffen. Es wurde nämlich für die Behandlung dieser Gegenstände, welche den Gerichten ganz entzogen wurden, ein eigener Instanzenzug gebildet, der dann auch in denjenigen Theilen Deutschlands, welche zu Frankreich eine Zeitlang gehörten, häufig auch nach ihrer Wiedervereinigung mit dem Vaterlande beibehalten worden ist und die Veranlassung gegeben hat, daß auch im übrigen Deutschland, besonders bei Gelegenheit der Abfassung neuer Proceßordnungen, die Frage aufgeworfen wurde, ob es nicht rathsam sei, Aehnliches einzuführen. Neuerdings sind unter anderm im Königreiche Sachsen und im Herzogthume Meiningen[4]) darüber besondere Gesetze erschienen.

III. Betrachtet man nun dergleichen gemischte Fälle nach gemeinem deutschen Rechte, so hat man zunächst zu unterscheiden, ob die Mischung beider Zweige der Staatsgewalt successiv erfolgt oder gleichzeitig. Ist das Erstere der Fall, so behandelt

2) Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, IV, 344 fg.

3) In Deutschland hat man dafür den allerdings nicht passenden Ausdruck „Administrativ-Justiz" gewählt. W. H. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis, Bd. 1, S. 204, §. 2; S. 209, §. 3 a. E. Dagegen Pfizer, Grenze zwischen Verwaltung und Civiljustiz, S. 7. — Vergl. auch Ersch und Gruber, Encyklopädie s. v. „Justiz", Sect. 1, Bd. 30, S. 111 fg.

4) Im Königreich Sachsen Gesetz vom 28. Januar 1835. Herzogthum Sachsen-Meiningen Gesetz vom 16. Juni 1829.

jede Behörde, unbekümmert um die andere, den Fall so lange weiter, als er zu ihrem Geschäftskreise gehört, mag es auch dahin kommen, daß die Anordnungen der einen ihren Erfolg verlieren, wenn sie mit denen der andern Behörde unvereinbar sind. Von vornherein findet daher keine Störung oder Entziehung der Sache von ihrer ordentlichen Behörde statt. Zeigt sich aber eine Unvereinbarkeit, indem weder die Verwaltungssache zur reinen Justizbezüglich Civilproceßsache, noch umgekehrt diese zu jener geworden ist, dann muß die höchste Staatsbehörde den Conflict entscheiden und bestimmen, ob etwa das Gemeinwohl eine Kränkung wohlerworbener Rechte (gegen Entschädigung) nöthig mache. Eine an und für sich unzweifelhafte Verwaltungssache wird aber dadurch zur Justizsache, daß durch die Art ihrer Behandlung wohlerworbene Rechte von Privatpersonen gehemmt oder verletzt werden. Leiten nun aber Privatpersonen, welche den Gerichten unterworfen sind, oder der Fiscus als Privatperson[5]) aus administrativen Verfügungen, z. B. aus Privilegien und Concessionen Rechte oder Vortheile für sich ab, welche den wohlerworbenen Rechten Anderer zuwiderlaufen, z. B. ältern exclusiven Privilegien gleicher Art, dann wird im Civilproceßwege über den Gebrauch eines solchen Privilegiums entschieden und ergebenden Falles derselbe, soweit er dem Rechte der Andern widersprach, untersagt. Sobald es dagegen die Administrativbehörde selbst ist, welche in wohlerworbene Rechte ihrer Unterthanen eingreift, z. B. wenn ein bereits concessionirter Advocat hinterdrein zum Examen vorgeladen wird, oder die Aufnahme einer Person in den Gemeindeverband gegen den Willen der Gemeinde befohlen wird, so hängt jetzt Alles davon ab, wieweit wegen dieses Misbrauchs gegen die verfügende Behörde eine Klage bei den Gerichten des einzelnen Landes gesetzlich zulässig ist. Rücksichtlich der von dem Regenten ausgegangenen derartigen Verfügungen ist das nur soweit der Fall, als derselbe auch für solche Fälle freiwillig den Gerichten sich unterworfen hat. Ferner hängt es davon ab, ob nach einem bestehenden Gesetze die einzelne Anordnung zu beurtheilen ist oder

---

5) Ueber die gleichen Verhältnisse bei Gemeinden s. Pfeiffer, Praktische Erört., III, 340—348. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, XXII, 73—99. Seuffert, a. a. O., IV, 406.

nicht, und ob auf Erfüllung eines Vertrags, wenn z. B. Gegenstände von der Polizeibehörde aufgekauft wurden und diese dann nicht bezahlen will, oder auf Schadenersatz geklagt wird. Anders verhielt sich das jedoch nach den deutschen Reichsgesetzen, indem alle wahren Administrativsachen, mochte auch deren Anordnung vom Regenten ausgegangen sein, dann für die Reichsgerichte zu wahren Justizsachen wurden, sobald durch deren Behandlung wohlerworbene Rechte Einzelner gekränkt wurden, oder mehre reichsständische Gebiete in Collision kamen, und deshalb die Reichsgerichte angerufen wurden. — Sobald dagegen im zweiten Falle eine gleichzeitige Mischung von dergleichen Justiz- und Verwaltungssachen stattfindet, so hat keine dieser Qualitäten einen absoluten Vorzug vor der andern, vielmehr müssen die dabei in Thätigkeit kommenden Staatsbehörden — mag nun dieselbe Person beide verwalten oder aber jede einer andern übertragen sein — ihre Amtsthätigkeit dergestalt einrichten, daß, soweit es irgend thunlich ist, jeder Zweig der Staatsverwaltung seiner eigenthümlichen Natur gemäß die Sache behandle, ohne dadurch die Thätigkeit der andern zu behindern. Erscheint dies jedoch nicht ausführbar, weil in der Execution beide Eigenschaften der Angelegenheit, die administrative und die civilprocessualische, nicht neben einander bestehen können, dann müssen sich beide Behörden wegen Feststellung eines Provisoriums vereinigen, um dadurch Alles, soviel als möglich, unverkümmert zu erhalten, demnächst aber der Oberbehörde oder dem Regenten die Sache zur Entscheidung darüber vorlegen, ob bei dieser unvermeidlichen Collision das Gemeinwohl Gründe genug an die Hand gebe, um das bestrittene Recht der Privatpersonen zu schmälern, dagegen dafür von Seiten des Staats Ersatz zu leisten. Ein solcher Fall würde z. B. sein, wenn während eines Processes über Erfüllung eines Lieferungsvertrags von Korn ins Ausland ein Ausfuhrverbot erscheint.

IV. Sollen nun aber diese Grundsätze von solchen Beamten ausgeübt werden, welche in ihrer Person beide Geschäftszweige, den der Rechtspflege und den der Administration, vereinigen, so haben diese dabei insbesondere noch Folgendes zu beachten: 1) daß sie vor allen Dingen völlig getrennte Acten über alle Schritte, welche sie in der einen oder andern Eigenschaft in derselben Sache vornehmen, führen und in keinem Falle die Mischung, welche die

Sache selbst enthält, in deren äußere, formelle Behandlung — die Actenführung — kommen lassen, schon weil diese nicht selten an die verschiedenen Oberbehörden einzusenden sind, dann aber weil bei der Beurtheilung, wenn auch desselben Falls von sehr verschiedenen Gesichtspunkten auszugehen ist. — Ein solcher Beamter muß aber auch 2) bei jedem Schritte, den er thut, wohl überlegen, daß er doppelten Pflichten zu genügen hat und daß er in der einen Qualität sich nicht außer Stand setzen darf, auch in der andern pflichtmäßig zu handeln. Sollte das im einzelnen Falle nicht möglich sein, dann muß er provisorische Maßregeln ergreifen, wodurch beiderlei Functionen für die nächste Zukunft genügend gesichert werden, die Sachlage aber zur Kenntniß der Oberbehörden bringen, damit wegen Trennung der beiderlei mit einander collidirenden Pflichten Verfügung getroffen werde. So z. B. dürfte ein Richter, der zugleich Kammerbeamter wäre, in einer fiscalischen Rechtssache nicht zugleich für die Kammer handelnd auftreten, da er sonst Richter und Partei in einer Person sein würde, vielmehr würde er bei der Kammer die Bestellung eines andern Vertreters zu beantragen haben.

§. 23.

β) Polizeisachen.

1. Man gebraucht heutigen Tages den Ausdruck Polizei und Polizeisache[1]) in einer ganz andern Bedeutung, als dies in den Reichs- und ältern Landesgesetzen der Fall war. Daraus entstehen denn mancherlei Schwierigkeiten für das Verhältniß der Polizei zur Justiz, welche dem gemeinen Rechte ganz unbekannt waren und daher aus demselben keine Entscheidung erhalten können. Denn nach dem ältern gemeinen deutschen Rechte wurde der Ausdruck „Polizei", der zuerst im 15. Jahrhundert vorkommt, hauptsächlich bei den Reichspolizeiordnungen, deren erste

1) v. Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechts, I, Bd. 2, Abh. 4, und IV, Abh. 17. Siehe Klein, Annalen der Gesetzgebung, XV, 369. Häberlin, Staatsarchiv, Heft 56, Abh. 1. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, XXI, 280; XXII, 47; XXIII, 125.

1530 erschien, gebraucht, damit aber kein neuer Zweig der Staatsgewalt bezeichnet. Die erste Reichspolizeiordnung und die ihr in den einzelnen Territorien nachgebildeten ähnlichen Gesetze enthalten nämlich allerlei gesetzliche Vorschriften, wodurch theils dem Luxus und mancherlei eingerissenen Vergehungen geringerer Art, als Zinsenwucher, Unzucht, Fluchen, Betteln, durch Strafdrohungen begegnet, theils verschiedene civilrechtliche Verhältnisse neu regulirt, z. B. die Verträge zwischen Juden und Christen, der Fruchtverkauf auf dem Halme, das Vormundschaftswesen u. s. w., theils auch manche eigentliche Regierungssachen, wie die Aufsicht auf die Handwerke, näher bestimmt werden sollten. In allen diesen Angelegenheiten fehlte es an den genügenden oder passenden Gesetzen, deshalb diente die Polizeiordnung von 1530 und die ihr 1548 und 1577 folgenden dazu, die bestehende Gesetzgebung der verschiedensten Fächer, soweit sie Lücken enthielt, zu ergänzen, ohne daß man daran dachte, einen neuen Zweig der Staatsgewalt zu begründen und auszuüben, oder eine eigenthümliche Gattung von Staatsgeschäften zu bearbeiten. Man hat daher auch in jenen Gesetzen weder besondere Staatsbeamte ernannt, welche über Befolgung dieser Gesetze zu wachen hätten, noch eine eigenthümliche Art des Verfahrens vorgeschrieben, welche bei Uebertretung dieser Gesetze anzuwenden gewesen wäre, vielmehr hatte jede Behörde, welche nach der bisherigen Verfassung diese verschiedenen Gegenstände zu behandeln gehabt hatte, auch ferner nach den neuen Gesetzen, soweit sie in deren Geschäftskreis einschlugen, das Erforderliche zu verfügen und dabei der Art des Verfahrens sich zu bedienen, welche unter den bestehenden nach der Natur des einzelnen Falles die geeignete war. Es können daher nach dem ältern Rechte die Polizeisachen den Justizsachen nicht entgegengesetzt werden, weil darunter nur diejenigen Gegenstände zu verstehen sind, auf welche sich die Polizeiordnungen beziehen, dies aber auch rücksichtlich vieler reiner Justizsachen der Fall war, und weil deshalb die Reichsgerichte bis zuletzt häufig Appellationen in solchen Polizeisachen zugelassen haben, welche ihrer Natur nach als Justizsachen zu betrachten waren[2]).

2) Daher erklärt sich auch der Satz, welchen Waldeck, Controversen-Entscheidungen, Bd. 1, Abh. 5—7, aufstellt. — Auch zeigt die actio redhi-

II. Man würde aber sehr irren, wenn man jene Grundsätze des ältern Rechts auch auf die heutigen Polizeisachen anwenden wollte, indem der Begriff dieser ein ganz anderer geworden ist. Als man nämlich im 18. Jahrhundert das Staatsrecht mehr zu entwickeln begann, wurde ein eigenthümlicher Zweig der Regierungsgewalt jedes Regenten unter dem Namen **Polizeigewalt** von den übrigen Regierungsrechten unterschieden. Als **Zweck** dieser öffentlichen Thätigkeit wurde hingestellt: gemein gefährliche oder schädliche Uebel im Innern des Staats zu verhindern oder den Wohlstand der Bürger wol gar positiv zu erhöhen; als **Mittel** zur Erreichung dieses Zweckes: theils eine eigenthümliche Legislation, die Polizeigesetze, theils eine sehr genaue, ins Einzelne gehende Aufsicht, theils eine promptere Vollstreckung der getroffenen Maßregeln; endlich als **Fundament** von dem Allen: weniger das Interesse der einzelnen Privaten, als das öffentliche, das gemeine Wohl. Indessen sind diese Kennzeichen der Polizeigewalt in der neuern Zeit häufig anders bestimmt und angegeben worden[3]); in jedem Falle aber gehören die Polizeisachen in diesem Sinne offenbar zu den reinen Regierungssachen, so daß aus ihnen Justizsachen nur etwa dann werden können, wenn durch den Misbrauch[4]) der Polizeigewalt von Seiten einer Person, welche den Gerichten des Staats unterworfen ist, irgend ein Staatsbürger in seinen Rechten gekränkt worden ist. Für die Polizeisachen hat man dann auch eigene Polizeibehörden angeordnet, welche dazu bestimmt sind, die Gegenstände der Polizeigewalt zu behandeln und welche theils für ganze Länder als Oberbehörden bestehen, theils als Localbehörden für einzelne Districte bestimmt sind, weshalb man Landes- und Local-Polizeibehörden unterscheidet. In der Anordnung der Grenzen des Ge-

---

bitoria ex edicto Aedilitio daß selbst aus Polizeigesetzen im heutigen Sinne wahre Civilproceßsachen entstehen können. **Strube**, Bedenken, III, 138; IV, 21. **Bulow** und **Hagemann**, Erört. I, 17.

3) Ueber den Begriff der Polizeigewalt walten sehr verschiedene Ansichten ob. **Klüber**, Oeffentl. Recht des Deutschen Bundes, §. 300. **Schmid**, Staatsrecht, S. 175, Note **).

4) v. **Berg**, a. a. O., IV, Abh. 17, §. 6. **Seuffert**, Archiv für Entscheidungen, V, 61, 309.

schäftskreises dieser Behörden ist man jedoch nicht consequent geblieben, indem man ihnen häufig manche wahre Justizsachen, namentlich solche, bei denen eine schnelle Behandlung nöthig schien, zugewiesen hat, und zwar nicht blos Criminalsachen, wie die Bestrafung mancher kleiner Delicte, sondern auch wahre Civilproceßsachen, wie die Streitigkeiten zwischen den Dienstboten und ihrer Herrschaft. Man darf daher weder aus dem Namen der Behörde noch des Gesetzes die rechtliche Natur des einzelnen Falls folgern[5]). — Als eine besondere Unterart der Polizeisachen sind aber endlich die Disciplinarsachen zu betrachten, weil sie in den besondern Maßregeln bestehen, welche dazu dienen sollen in gewissen Classen von Unterthanen, z. B. Soldaten, Staatsdienern, Geistlichen, Advocaten, diejenige gute Ordnung und Folgeleistung gegen Anordnungen von Vorgesetzten (Subordination) aufrecht zu erhalten, welche einer solchen Classe eigenthümlich ist[6]). Dagegen ist man nach gemeinem Rechte nicht berechtigt alle Verhältnisse der Glieder solcher Classen zu andern Staatsbürgern dahin zu rechnen, z. B. die Ermäßigung der Gebühren der Advocaten, welche, wo Landesgesetze etwas Anderes nicht vorschreiben, als eine Civilsache zu behandeln sind[7]).

§. 24.

γ) Kammersachen.

Den Justizsachen sind regelmäßig endlich diejenigen Sachen entgegenzusetzen, welche die Verwaltung des Vermögens des Staats betreffen, also Ausfluß der Finanzhoheit desselben sind; jedoch werden unter diesen wiederum diejenigen, welche auf die Verwaltung der Steuern sich beziehen (Steuersachen), von denen getrennt, welche die Verwaltung der Güter des Staats zum Ge-

5) Ueber die Collision der Staatsbehörden in zweifelhaften Polizeisachen vergl. die im Comp. Note d Citirten.

6) Gönner, Handbuch, III, 61, §. 3. Danz, Ordentl. Proceß, §. 49, Nr. 4.

7) Seuffert, a. a. O., V, 259.

genstande haben (Kammersachen). Solange diese Angelegenheiten nur die Verwaltung des einen oder andern Zweigs der Finanzhoheit betreffen, gehören dieselben zu den reinen Regierungssachen, und sind in keiner Weise der Cognition des Richters unterstellt. Sobald aber durch dieselben die Rechte einzelner Staatsglieder[1]) verletzt werden, dann entstehen daraus Justiz- und insbesondere Civilproceßsachen. Es ist dies bei den Steuersachen namentlich dann der Fall, wenn zwischen einem Privatmanne und dem Staate wegen behaupteter Steuerfreiheit Streit entsteht. Der Privatmann soll dann zwar die Steuern erlegen, der Streit über die Befreiung von der Steuerzahlung aber im Proceßwege[2]) ausgeführt werden; denn nach gemeinem deutschen Rechte ist die unvordenkliche Verjährung[3]) als Erwerb der Steuerfreiheit anerkannt, nicht so nach den neuern Gesetzgebungen der einzelnen Staaten. Ferner ist als Justizsache[4]) zu betrachten, wenn ein Privatmann gegen den Staat wegen Steuerüberlastung, Prägravation, oder Entschädigung für entzogene Steuerfreiheit Ansprüche erhebt, und wenn zwischen Privaten unter sich, weil der Eine für den Andern, z. B. aus Anlaß einer Theilung von Realitäten, Steuern zu tragen oder getragen zu haben behauptet[5]), Streit entsteht. Sobald dagegen, was sich in den Gesetzen einzelner Länder allerdings findet, den Kammercollegien auch die Besorgung richterlicher Functionen übertragen sind, dann sind solche Kammersachen Justiz- und unter Umständen Civilproceß-, nicht aber Administrativsachen. In solchen Fällen kommt dann, sobald in der Landesgesetzgebung abweichende Bestimmungen nicht gegeben sind, das Verfahren für Justiz- und bezüglich Civilproceßsachen zur Anwendung. Man darf daher auch hierbei die Natur der

---

1) Wenn z. B. bei Verpachtungen auf die dem frühern Pächter in L. 4, 5, C. de locat. praedior. civil. (11, 70) gegebenen Rechte nicht geachtet wird.

2) Reichsabschied von 1555, §. 125 fg. Häberlin, Handbuch des deutschen Staatsrechts, II, 257 fg.

3) Reichsabschied von 1576, §. 101—106, auch §. 83 a. E. — Vergl. aber Seuffert, Archiv, I, 105.

4) Reichsabschied von 1548, §. 53—57, 86.

5) Reichsabschied von 1548, §. 52. L. 3 C. sine censu (4 47).

Streitgegenstände nicht nach dem Namen der Behörde, bei der sie geführt werden, beurtheilen.

§. 25.

2) Sonderung der Justiz- von den Civilproceßsachen.

I. Eine genaue Unterscheidung der Civilproceßsachen von den übrigen Justizsachen, den Criminalsachen [1]) und den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist darum nöthig, weil nicht nur deren schon angegebene Aehnlichkeiten (§. 20 u. 21, XIII.) in den Voraussetzungen und der gerichtlichen Behandlung aller drei Arten von Justizsachen häufig da eine Verwechselung derselben oder wol gar eine Uebertreibung ihrer Uebereinstimmung veranlassen, wo doch eine Verschiedenheit zwischen ihnen obwaltet, z. B. wenn man die Folgen der Rechtskraft auf Criminalsachen ausdehnen wollte, sondern auch eine Mischung derselben mit einander sich öfters zeigt, welche im einzelnen Falle leicht Verwirrung erzeugt, wenn man die Grenzen jeder einzelnen Gattung nicht gehörig beobachtet. — Die vorzüglichsten, die Behandlung betreffenden Verschiedenheiten dieser drei Unterarten der Justizsachen bestehen aber: A) in Ansehung des Erfordernisses der Gerichtszuständigkeit (§. 44). — Denn alle Civilproceßsachen müssen nicht nur vor einem Gerichte, welches Jurisdiction überhaupt hat, verhandelt werden, sondern auch bei demjenigen Gerichte, welches gerade für die einzelne Rechtssache competent ist. Wäre dies im einzelnen Rechtsstreite nicht der Fall, dann würde eine Nichtigkeit der ganzen Verhandlung entstehen, welche nur durch eine Prorogation des Gerichtsstandes, vorausgesetzt, daß eine solche überhaupt zulässig wäre, geheilt werden könnte. Ebenso müssen die Criminalsachen vor die für dieselben zuständigen Gerichte gebracht werden, wenn nicht eine unheilbare Nichtigkeit des ganzen Verfahrens eintreten soll, da bei diesen eine Prorogation des Gerichts-

---

1) Vergl. Martin, Lehrbuch des Criminalprocesses, Ausg. 4, §. 27. Kleinschrod im neuen Archiv für Criminalrecht, II, 257 fg.

standes völlig unzulässig ist. Dagegen können die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2]), sobald es **reine** (actus jurisdict. volunt. merae) sind, nicht allein uneingeschränkt vor jedem Gerichte vorgenommen werden, vielmehr gibt es für diese in vielen Ländern noch die Notare, welche keine Art von Richter, wol aber öffentliche, für solche Geschäfte bestellte Staatsbeamte sind. Der Grund hiervon liegt darin, daß diese Art von Geschäften nur deshalb vor einem Staatsbeamten, der öffentlichen Glauben genießt, vorgenommen werden, weil entweder eine gesetzliche Vorschrift dessen Zuziehung zur Gültigkeit der Handlung selbst erfordert, oder der Beweis der vorgekommenen Handlung erleichtert werden soll. Etwas Anderes ist es bei den Handlungen der **gemischten** freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen es nach den gesetzlichen Vorschriften darauf ankommt, daß das Gericht eine causae cognitio vorausgehen lasse, ehe es an dem Geschäfte sich betheiligt und seine Zustimmung dazu ertheilt, gleichwol von letzterer die Gültigkeit eines solchen Geschäfts abhängt, z. B. bei der Veräußerung von Pupillengütern. Bei dieser Gattung von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nun die Competenz des concurrirenden Gerichts ebenso unentbehrlich wie in Criminalsachen, weil eine Prorogation des Gerichtsstandes auch hier durchaus unzulässig ist. — B) In Hinsicht auf die **Besetzung des competenten Gerichts** genügt es, wenn für Civilproceßsachen, sowie für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das Gericht mit einem Richter und einem Actuar, oder in dessen Ermangelung mit zwei Schöffen besetzt ist, weil nach gemeinem Rechte eine solche Besetzung zur Form einer gültigen gerichtlichen Verhandlung ausreicht, einer collegialischen Organisation der Gerichte es aber nicht bedarf. Dagegen erfordern alle Criminalsachen[3]) zur gültigen Instruction des einzelnen Falls außer Richter und Actuar noch die Anwesenheit zweier Schöffen; zur Beschlußfassung und Urtheilsfällung aber ein collegialisch organisirtes Gericht. — C) Rücksichtlich der **Parteien** aber, welche im einzel-

---

2) **Puchta**, Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit (Ausg. 2, 1831), §. 3. **Derselbe**, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 297.

3) Peinliche Gerichtsordnung Karl V., Art. 181; Art. 13, 84, 196.

nen Falle thätig sind, dürfen bei Civilproceßsachen zwei Parteien durchaus nicht fehlen und ist das Verfahren, solange es hieran fehlt, nur als eine Vorbereitung[4]) zu einem künftigen Processe zu betrachten; Criminalsachen dagegen haben, wenn sie nicht nach den Vorschriften des accusatorischen Processes behandelt werden, nur eine Partei, den Angeschuldigten; Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber kennen gar keine eigentlichen Parteien, setzen vielmehr voraus, daß alle dabei interessirten Personen mit einander einverstanden sind. Sollte es an diesem Einverständnisse fehlen, oder ein Dritter sich in ein solches Geschäft mischen, z. B. gegen dessen Abschluß protestiren, so muß die Handlung einstweilen suspendirt und der Widerspruch zur Erörterung im Wege des Civilprocesses erwiesen werden. — D) Bezüglich des Objectes betreffen Civilproceß- und Criminalsachen nur vergangene oder gegenwärtige Thatsachen, während die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur künftige Rechtsverhältnisse, Prästationen und Rechte im Auge haben, welche durch sie begründet oder gesichert werden sollen. — E) Das Princip, welches der gerichtlichen Thätigkeit zum Grunde liegt, ist in Civilproceßsachen, sowie bei Handlungen der freiwilligen ungemischten Gerichtsbarkeit, lediglich das Verhandlungsprincip, während in Criminalsachen die Inquisitionsmaxime angewendet und diese analog auf die Handlungen der gemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgedehnt wird; denn auch diese Sachen werden aus Gründen des öffentlichen Wohles vor Gericht verhandelt und verpflichten daher das Gericht, sich von Amtswegen die erforderlichen Aufklärungen zu verschaffen[5]). Hiermit aber steht das gerichtliche Zwangsrecht im Zusammenhange, welches lediglich bei Handlungen der ungemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit gänzlich hinwegfällt, indem hier das Gericht nur warnen und rathen, nicht aber zwingen, sondern höchstens seine Theilnahme versagen darf, wenn ihm das Geschäft, zu welchem es concurriren soll, widerrechtlich oder verdächtig erscheint. Dagegen wird in Handlungen des Civilprocesses, wie in Criminalsachen und bei Geschäften der gemischten freiwilligen Ge-

4) Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, II, 236 fg. Siehe auch Schmidt, Klagen und Einreden, Ausg. 9, §. 508, Note 1.
5) Puchta, a. a. O., §. 42.

richtsbarkeit, von Seiten des Gerichts ein Zwangsrecht ausgeübt, bald ein absolutes, bald ein hypothetisches, dieses besonders gegen die Parteien in Civilproceßsachen, z. B. durch Bestimmung von Präclusivterminen. — F) Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit gerichtlicher Beschlüsse findet allein in Civilproceßsachen statt, nie in Criminalsachen und ebenso wenig bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. — G) Die Rechtsmittel endlich, welche gegen richterliche Beschlüsse zu ergreifen sind, unterscheiden sich bei allen drei Arten von Justizsachen meistens nicht nur schon durch die Benennung, sondern noch vielmehr in ihren Voraussetzungen und Wirkungen.

II. Wegen dieser und anderer Verschiedenheiten ist es daher nothwendig die drei Unterarten der Justizsachen, sobald es auf die rechtliche Beurtheilung und Behandlung derselben ankommt, getrennt von einander zu halten, was allerdings leichter dann möglich wird, wenn sie, jede einzeln für sich, vorkommen, als dann, wenn sie sich gemischt oder vereinigt zeigen. Zu einer solchen Mischung oder Vereinigung finden sich aber häufige Veranlassungen theils in Folge der Einheit des Entstehungsgrundes bei mehren dieser Unterarten von Justizsachen, theils aber in Folge einer zufälligen Incidentqualität, die im einzelnen Falle eintritt. Die erstere Art der Mischung tritt namentlich bei Criminal- und Civilsachen dann ein, wenn bei einem Verbrechen außer der Verfolgung der öffentlichen Strafe, welche Criminalsache ist, der Civilanspruch, welcher aus dem durch das Verbrechen verursachten Schaden dem Verletzten gegen den Verbrecher zusteht, verfolgt werden soll, z. B. bei Körperverletzungen. Es ist zwar in solchen Fällen gestattet beiderlei Ansprüche getrennt zu verfolgen, allein es haben die Gesetze auch eine besondere Art des Civilprocesses, den Adhäsionsproceß, zugelassen, indem sie dem Beschädigten das Recht gegeben haben, seine Ansprüche auf Schadenersatz zugleich im Criminalverfahren mit geltend zu machen (s. §. 253). Aber auch bei Civilproceßsachen und Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommen solche Mischungen vor, z. B. wenn aus der Veräußerung eines Grundstücks, namentlich eines Fideicommißguts, Näherrechts- oder Revocatorienklagen hervorgehen. Die letztere Art der Mischung findet sich dagegen dann, wenn bei der Behandlung und Ent-

scheidung eines Rechtsstreits Delicte in Frage kommen, welche z. B. in Ansehung der Beweismittel vorgefallen sein sollen, wie Meineid oder Bestechung der Zeugen, oder Verfälschung von Urkunden, und allerdings auf deren Glaubwürdigkeit, dadurch aber auf den ganzen Verlauf des Rechtsstreits von nicht geringer Bedeutung sind. Umgekehrt kommen aber auch in Criminalsachen civilrechtliche Fragen vor, von deren Entscheidung die Existenz und Natur des untersuchten Verbrechens abhängt, z. B. bei der Bigamie die Frage: ob die erste Ehe eine gültige war. Endlich sind aber Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowol mit Civilproceß- als mit Criminalsachen nicht selten in dieser Weise gemischt, z.B. so oft Cautionen, welche durch Hypothekenbestellungen auf Immobilien oder Bürgschaftsleistungen eines Dritten oder einer Frau erbracht werden, zu leisten sind, dann bei den Streitverkündigungen, welche zur Sicherung des künftigen Regresses geschehen und als Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind, die in einem Civilprocesse sich nöthig machen.

III. Kommt nun in Folge der einen oder andern Veranlassung eine solche Mischung oder Vereinigung mehrer Arten von Justizsachen in demselben Falle vor, so hat man zunächst daran festzuhalten, daß jede dieser verschiedenen Arten von Justizsachen ihre eigenthümliche rechtliche Natur, der Mischung ungeachtet, beibehält und hiernach behandelt und beurtheilt werden muß, soweit dies der Mischung nach möglich ist und deren Zweck dadurch nicht vereitelt wird. Sollen daher Strafsachen mit Civilansprüchen, z. B. in Folge der Adhäsion, gleichzeitig vor Gericht verhandelt werden, so kann zwar der Civilanspruch durch diejenigen Beweiserhebungen mit aufgeklärt werden, welche zum Zwecke des Strafverfahrens aufzunehmen sind, ja es kann der Fall vorkommen, daß diese den Civilanspruch schon vollkommen darthun, während die Strafbarkeit der Handlung noch nicht erwiesen ist, z. B. wenn zu dem Begriffe des Verbrechens ein dolus erforderlich ist, während die Fahrlässigkeit, welche allein schon den Civilanspruch begründet, aus dem Geständnisse hervorgeht; allein in der Entscheidung müssen beide Fälle völlig getrennt beurtheilt werden, auch finden ganz verschiedene Rechtsmittel gegen diese doppelte Entscheidung statt, deren keins dem andern präjudi-

cirt[6]). Sollte aber am Schlusse des Criminalverfahrens der erforderliche Civilbeweis in den Acten nicht zu finden sein, dann kann dadurch das Criminalerkenntniß nicht aufgehalten werden, vielmehr wird dann der Civilanspruch zu besonderer Ausführung verwiesen, wobei aber die Benutzung der vorhandenen Beweise vorbehalten bleibt. Wenn es dagegen im Laufe eines Civilprocesses auf die Erörterung und Aufklärung eines Verbrechens, welches auf die Entscheidung der Civilsache von Einfluß sein würde, ankommt, ist dies als Incidentpunkt zu betrachten und wird auf die Art und Weise behandelt, wie es der Civilproceß für solche Sachen mit sich bringt. Denn in diesem Verfahren kann die öffentliche Strafe weder begründet noch ausgesprochen werden, weil einmal den Civilgerichten meistens die für Criminalsachen angeordnete Besetzung der Gerichte fehlt, und dann eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift[7]) besteht, daß durch solche Incidentaufklärungen nie das förmliche Criminalverfahren ersetzt werden könne. Soll daher außer der Entscheidung des Civilrechtsstreits auch noch die öffentliche Strafe des Delinquenten veranlaßt werden, dann würde das getrennt davon vor dem dazu competenten Criminalgerichte zu geschehen haben. Wäre dagegen nur von einem solchen Delicte die Frage, welches auch ohne die Förmlichkeiten des Criminalverfahrens genügend aufgeklärt werden könnte, z. B. gewöhnliche Injurien, welche als Polizeidelicte behandelt zu werden pflegen, auch das Gericht, in dessen Civilacten ein solches geringes Delict genügend erwiesen wäre, berechtigt die dadurch verwirkte Strafe auszusprechen, dann ist wol von einer solchen Trennung abzusehen und die Strafe in dem Civilerkenntnisse mit auszusprechen, ohne daß jedoch damit demselben die Qualität als Straferkenntniß, welche besonders für die Rechtsmittel von Bedeutung ist, entzogen würde. — Was endlich die

6) L. un. C. quando civ. act. (9, 31). — — Quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri — nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi et similiter e contrario. Seuffert, Archiv, I, 103. Dagegen das. VI, 254.

7) Cap. 1 X. de except. (2, 25). — Caeterum si de criminibus ad solam exceptionem objectis testes convicti fuerint sive confessi, poena ordinaria mulctari non debent, quum accusatio in ipsos secundum juris ordinem non procedat.

Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrifft, welche vereinigt oder vermischt mit einem Civil- oder Criminalverfahren vorkommen, so kann zwar in Sachen der reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. wenn der Partei, welche eine Frauensperson ist, ein Geschlechtsvormund zugeordnet werden muß, der Richter in der Hauptsache das Erforderliche selbst verfügen, obgleich ihm die Partei sonst nicht unterworfen ist; dagegen müssen Handlungen der gemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn dergleichen so vorkommen, stets an den competenten Richter, vorausgesetzt, daß dieser ein anderer, als der in der Hauptsache ist, verwiesen werden.

IV. Sollte aber bei einer solchen Mischung verschiedener Justizsachen die eine für die andere von präjudicieller Bedeutung sein, dann muß diejenige Sache, welche von der Entscheidung der andern abhängt, so lange ruhen und allenfalls suspendirt werden, bis die ihrer Natur nach präjudicielle völlig erledigt ist. Daher muß z. B. die Bestrafung eines angezeigten Huthfrevels, wogegen der Bezüchtigte sich mit der Behauptung schützt, im Besitze des fraglichen Huthrechts sich zu befinden oder ein Recht darauf zu haben, so lange ausgesetzt bleiben, bis die auf das Huthrecht erhobenen Ansprüche im possessorischen oder petitorischen Verfahren erledigt worden sind. Auf ähnliche Weise wird die Bestätigung eines Vertrags, gegen welche nicht ohne Anschein protestirt ist, auf so lange zu suspendiren sein, bis die Statthaftigkeit der Protestation auf dem ordentlichen Rechtswege entschieden worden ist; dagegen darf über die Protestation selbst kein weiteres Verfahren stattfinden, da eine solche nicht die Art und Weise ist, einen Civilproceß einzuleiten. Bei Criminalsachen endlich kann aber ein solcher Präjudicialpunkt dann namentlich in Frage kommen, wenn derselbe, wie dies besonders bei geistlichen Sachen der Fall ist, an ein besonderes Gericht zu verweisen und da zu erörtern ist, z. B. bei dem Verbrechen der Bigamie, wenn die Gültigkeit der ersten Ehe bestritten wird. Hier ruht dann die Criminalsache, bis der präjudicielle Incidentpunkt von der geistlichen Behörde entschieden ist.

§. 26.

II. Verschiedene Eigenschaften wahrer bürgerlicher Proceßsachen.

Von den absoluten Eigenschaften.

I. Bisher war die Frage: welche Rechtsverhältnisse können und müssen, um Staatsschutz zu erlangen, auf dem Wege des Civilprocesses verfolgt werden? Nunmehr ist dieses richtig gefundene Object des Civilproceßverfahrens auch noch in seinen processualisch folgenreichen Eigenschaften, welche theils absolut wirksam sind, d. h. auch da, wo der einzelne Rechtsstreit isolirt in Frage kommt, Bedeutung haben, theils nur relativ folgenreich sind, d. h. da Geltung erlangen, wo mehre Rechtsstreitigkeiten in Beziehung zu einander stehen, näher zu betrachten. Von diesen letztern wird demnächst ausführlicher zu reden sein (§. 27—32), während jene erstern hier erörtert werden sollen. Einige solcher absolut wirksamen Eigenschaften bestehen darin, daß die klagbar gemachten Ansprüche dingliche oder persönliche, petitorische oder possessorische, geistliche oder weltliche, allodiale oder Lehnssachen sind. Alle Folgen dieser, d. h. alle Rechte und Pflichten im Processiren, welche hiervon abhängen, kommen weiter unten (z. B. §. 47) gehörigen Orts in Frage; im Allgemeinen hingegen muß hier von der Beschaffenheit und deren Folgen die Rede sein, welche von dem Geldwerthe des Streitgegenstandes, seinem Verhältnisse zu dem allgemeinen Schätzungsmittel, dem Gelde, abhängt, sowie von der, welche erst durch die Veränderung des streitigen Rechtsverhältnisses während der Dauer des Rechtsstreits entsteht.

II. Was nun den Geldwerth des Proceßobjects und zwar des entferntern, mittelbaren, von welchem in dieser Richtung nur die Rede sein kann, betrifft, so hängt davon nach gemeinem Rechte zwar nicht die Rechtspflege an sich[1]), wol aber theils die Begrenzung der Gerichtsbarkeit, zumal der Obergerichte, an welche etwa appellirt werden soll, theils die Anwendbarkeit einer besondern,

---

1) Juliani epitome ad Nov. 69 sagt richtig: Quamvis res de qua agitur minima videatur, tamen justitiae ratio non ex quantitate sed ex suis regulis aestimari debet. L. 20 C. de appellat. (7, 62); Cap. 11 X. de appellat. (2, 28). J. H. Böhmer, Exercit. ad pand., tom. 2, p. 694, §. 11.

summarischen Proceßart auf den einzelnen Fall, theils endlich, wenn auch nicht die Verbindlichkeit zur Sportelzahlung, doch die Quantität der letztern ab, indem man den Grundsatz nicht angenommen hat, daß ohne Rücksicht auf den Geldbetrag des Streitobjects die Justiz um ihres eigenen Werthes willen gleichmäßig honorirt werden müsse. Schon nach dem Römischen Recht war der Geldwerth in jener dreifachen Rücksicht von Bedeutung, indem nicht nur die Jurisdiction mancher Untergerichte hiernach begrenzt, sondern auch in der Appellationsinstanz darauf Gewicht gelegt, auch zwischen Bagatell- und wichtigen Rechtssachen unterschieden wurde, wie der in den Quellen gebrauchte Ausdruck causae majores und minores[2]), wenn er auch nicht allein, doch jedenfalls mit auf den Geldwerth sich bezog, ergibt, und endlich hinsichtlich der Sporteln festgesetzt war, daß ganz geringfügige Rechtssachen keine Sporteln zahlen sollten. In Deutschland sind jedoch diese Bestimmungen des Römischen Rechts Antiquität geworden und an deren Stelle, beim gänzlichen Schweigen des Kanonischen Rechts über diese Punkte, lediglich die Bestimmungen der Reichsgesetze[3]) getreten. In diesen ist nur für die Jurisdiction der höchsten Reichsgerichte, als Appellationstribunale, eine Grenze vom Geldeswerthe des Streitgegenstandes hergeleitet, mit dem Unterschiede, daß diese Summe, welche für wohlhabende Parteien (was als die Regel galt) bestimmt war, für Arme, d. h. solche, welche nicht 2000 Fl. Rhein. im Vermögen haben, auf die Hälfte herabgesetzt wurde.

---

2) L. 54 D. de judiciis (5, 1). L. 20 C. cit. Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est. L. 4 D. de in integr. restit. (4, 1). Ueber den Einfluß derselben auf die Jurisdictionsgrenze der Gerichte siehe L. 1 C. de defensoribus civit. (1, 55): Si quis de tenuioribus — rebus te interpellandum esse crediderit, in minoribus causis, id est usque ad quinquaginta solidorum summam, acta — conficias — — caetera vero quae digna forensi magnitudine — ordinario insinuato rectori. L. 10, §. 1, 1, D. de appell. (49, 1); Nov. 15, cap. 3, §. 2; auf die Proceßart, L. 37 C. de appell., Nov. 17, cap. 3; auf die actio doli, L. 9, i. f. 10 D. de dol. mal. (4, 3); auf den Sporteltarif, Nov. 82, cap. 9. Bethmann-Hollweg, Handbuch, §. 20, S. 241. — Siehe auch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceß (Göttingen 1844), §. 26 fg.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 112—114. Nach den neuesten Bestimmungen betrug die Appellationssumme 400 Thaler Hauptwerth, bezüglich 16 Thaler Rente. — Compendium, §. 277 a. E.

Dagegen war den Reichsgesetzen eine Begrenzung der Gerichtsbarkeit der Untergerichte nach dem Geldwerthe des Streitobjects ebenso unbekannt, wie eine danach sich richtende Sportelverschiedenheit oder besondere Proceßart. Die Landesgesetze aber haben nicht nur über die Höhe der Appellationssumme und die danach sich richtende Jurisdiction der Obergerichte, den Reichsgesetzen ähnliche Bestimmungen, sondern auch häufig besondere Proceßarten, je nach dem Werthe des Objects eingeführt und endlich die Sportelhöhe nach eben diesem Maßstabe abgemessen. — In allen den Fällen nun, wo es auf den Schätzungswerth des Streitgegenstandes ankommt, sind die schätzbaren von den unschätzbaren Gegenständen zu unterscheiden. Zu den unschätzbaren Sachen werden aber nicht nur diejenigen gezählt, welche ihrer Natur nach keinen sichern und allgemeinen Schätzungsmaßstab haben, wie z. B. Ehesachen, Ehrenkränkungen, soweit dabei nicht ästimatorisch geklagt wird, bezüglich geklagt werden darf, Streitigkeiten über Personenfreiheit und dergleichen, sondern nach den Reichsgesetzen [4]) auch einige Streitgegenstände, die ihrer Natur nach wol anders angesehen werden könnten, z. B. die dinglichen Dienstbarkeiten. Natürlich fallen bei diesen Gegenständen alle durch den Geldwerth gezogenen Grenzen hinweg, so daß sie diejenigen Vorrechte genießen, welche den unter den schätzbaren Gegenständen am höchsten stehenden zukommen. Dagegen veranlassen die schätzbaren Gegenstände, welche einem allgemein passenden Schätzungsprincipe auch für den einzelnen Fall unterworfen werden können, nöthigenfalls eine Taxation, wobei jedoch nur nach dem gemeinen Werthe, nicht aber nach dem Affectionswerthe der betroffene Gegenstand zu beurtheilen ist.

III. Ist nun irgend eine Einschränkung an den Geldwerth des Streitgegenstandes geknüpft, so sind bei Berechnung desselben die schon im Römischen Rechte anerkannten Grundsätze noch jetzt als geltendes Recht zu betrachten. 1) Zuvörderst kommt es nicht auf diejenige Summe an, welche geschuldet, sondern auf diejenige, welche eingeklagt wird [5]), also auf diejenige Summe, welche in den

4) Kammergerichtsordnung von 1555, Tit. 28, §. 4.

5) L. 19, §. 1, D. de jurisdict. (2, 1). Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur. L. 61 D. de judic. (5, 1).

Anträgen des Klägers gefordert wird, weil man die richtige Schuldsumme erst als das Resultat des Rechtsstreits betrachten, deshalb aber, während der Verhandlung des Rechtsstreits, nicht zu Grunde legen kann. Auch können regelmäßig die Einreden eine Veränderung daran nicht hervorbringen, weil durch sie nur die Freisprechung vom Klagobject bezweckt wird, ihr Gegenstand daher nicht größer als dieses sein kann, was sich z. B. bei der Einrede der Compensation praktisch wichtig zeigt. Indessen gibt es auch untheilbare Einreden, welche an Größe das Klagobject übersteigen, gleichwol in dem Processe mit erörtert und entschieden werden müssen, z. B. wenn gegen eine Klage auf einen unbeträchtlichen Schaden aus einem Huthfrevel die Einrede der dinglichen Dienstbarkeit vorgeschützt wird. In solchem Falle muß das Object der Einrede seinem Umfange nach allerdings berücksichtigt werden. — 2) Sodann kommen bei der Berechnung des Geldwerths des Streitgegenstandes nicht die Nebenforderungen, sollte gleich deren Werth die Hauptforderung übersteigen, sondern nur der Hauptstamm in Betracht. Denn theils können alle solche Accessorien, wie Zinsen, Früchte, Kosten, als selbständige Streitpunkte nicht betrachtet, auch durch eine Separatklage nicht eingefordert werden; theils spricht dafür die Bestimmung der Reichskammergerichtsordnung[6]), daß nur das „Hauptgut" bei Berechnung der Appellationssumme in Frage kommen solle. Selbstverständlich gilt dies jedoch nur von den Verzugszinsen, da die versprochenen als selbständiges Streitobject behandelt und durch eine eigene Klage eingefordert werden können. — 3) Endlich ist es den Parteien, um sich die Vortheile einer wichtigen Rechtssache zu verschaffen, gestattet, mehre Ansprüche zu addiren, mögen diese mit einander in einer gewissen Connexität stehen oder ganz unabhängig von einander sein, sobald nur zu dem Ende jeder solcher Anspruch in gehöriger Weise, als Klage oder Einrede, zum Gegenstande der Verhandlung und Entscheidung in demselben Rechtsstreite gemacht wird. Eine solche Cumulation der mehren Ansprüche setzt aber voraus, daß alle einzelnen Ansprüche zwischen demselben Kläger und Beklagten zu verhandeln und zu entscheiden sind, d. h. die Cumulation darf nicht subjectiv, sondern nur objectiv sein. Ist dies der Fall, so

6) Reichskammergerichtsordnung von 1555, a. a. O.

ist jene Befugniß des Zusammenrechnens in ausdrücklichen Gesetzen[7]) dann begründet, wenn bei allen den zusammengerechneten Posten der Grund der Klagen und bezüglich der Grund der Einreden derselbe ist, z. B. wenn eine Kaufmannsrechnung, welche durch nach und nach erfolgte Lieferungen entstanden ist, oder mehre Pachtgelderposten aus einem fortdauernden Pachtvertrage eingeklagt werden; allein eine ausgemachte Praxis[8]) geht darin weiter und gestattet das Zusammenrechnen mehrer Ansprüche aus verschiedenen Klagegründen, wenn nur das Vorhandensein der objectiven Cumulation außer Zweifel ist. Eine Pflicht zur objectiven Cumulation existirt nach gemeinem Rechte nicht. Es ist daher Sache der Proceßpolitik, ob man es für rathsam hält, mehre Ansprüche selbst zwischen denselben Parteien zu cumuliren und ebendeshalb kann nur die Willkür der Parteien, besonders des Klägers, über den Umfang der möglicherweise trennbaren Streitgegenstände entscheiden, z. B. ob das Possessorium mit dem Petitorium cumulirt werden solle; die Gesetze[9]) aber haben es den Gerichten ausdrücklich zur Pflicht gemacht, auf nichts ihre Verfügungen zu erstrecken, was nicht von den Parteien zum Object des Rechtsstreits gemacht worden ist. Die Gerichte können daher z. B. nicht im Petitorium erkennen, wenn anfangs entschieden blos das Possessorium eingeleitet und wol gar gegen Einmischung des Petitoriums von den Parteien protestirt war. Dagegen steht es den Parteien frei in solchen Fällen auch stillschweigend eine Cumulation vorzunehmen, indem sie Handlungen, die darauf schließen lassen, im Laufe des Rechtsstreits vornehmen, z. B. wenn bei einer possessorischen Klage auf petitorische Ein-

7) L. 11 i. f. D. de jurisdict. (2, 1). L. 10, §. 1, D. de appellat. (49, 1). Si quis cum una actione ageretur, quae plures species in se habeat, pluribus summis sit condemnatus, quarum singulae notionem Principis non faciunt, omnes autem conjunctae faciunt: poterit ad Principem appellare. Vergl. Planck, a. a. O., §. 44.

8) Glück, Erläut. des Pandectenrechts, §. 284 b. Oeltze, Gerichtl. Praxis, §. 77. Danz, Ordentl. Proceß, §. 81.

9) L. 18 D. communi divid. (10, 3). — quia ultra id, quod in litem deductum est, excedere judicis potestas non potest. L. 61 D. de judic. (5, 1); vergl. L. 21, §. 6; L. 32, §. 15, D. de recept. (4, 8); Cap. 6 X. de arbitris (1, 43).

reden die Einlassung erfolgt ist. In solchen Fällen bleibt es dann dem Ermessen des Gerichts überlassen die Cumulation als vorhanden anzunehmen, sobald nicht von den Parteien ausdrücklich das Gegentheil erklärt worden ist.

IV. Abgesehen von dem Geldwerthe kommt aber der Umfang des Streitgegenstandes auch dann in Frage, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits Veränderungen am Streitobjecte zugetragen haben und dadurch ein Gegensatz entsteht zwischen den ursprünglichen Eigenschaften desselben und den hinzugekommenen. Denn in dieser Beziehung ist es, was zunächst den entfernten, mittelbaren Streitgegenstand betrifft, keinem Zweifel unterworfen, daß außer dem Hauptobject auch dessen ganzer Anhang (omnis causa), jeder Zuwachs und jede Verschlechterung, als in Streit befangen zu betrachten ist und es deshalb nicht erst einer besondern Bitte an das Gericht bedarf, alle solche Nebenforderungen, wozu auch der etwa zu beanspruchende Schadenersatz gehört, dem Kläger zuzuerkennen, da dies nach den Gesetzen[10]) zu den Pflichten des Gerichts gehört, und solche Accessorien durch eine besondere Klage nicht eingefordert werden können. Zweifelhafter erscheint es dagegen, ob bei einer Klage, durch welche eine res in specie verfolgt wird, auch derjenige Schadenersatz verlangt werden könne, welcher durch einen Untergang der Sache während der Dauer des Processes begründet wird, weil z. B. der Beklagte nicht den erforderlichen Fleiß auf die Sache verwendet, oder ob nicht vielmehr gestützt auf diese culpa eine neue Klage wegen dieses Schadenanspruchs zu erheben sei. Allein die Gesetze[11]) haben auch einen solchen Fall, ungeachtet des veränderten Streitobjects, als eine Fortsetzung des frühern Rechtsstreits betrachtet und nicht gestattet, daß ein solcher Anspruch zu beson-

10) §. 2 i. f. J. de officio jud. (4, 17). L. 2 D. de usuris (22, 1). Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur — — quoniam, quale est cum petitur tale dari debet; ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. L. 25, §. 8; L. 31, §. 13, D. de aedil. edict. (21, 1). So handelt L. 33 D. de dolo malo (4, 3) vom Schadenersatze für den verhinderten Verkauf des Streitobjects, welches der Beklagte feil hatte, von Seiten des Klägers, welcher nachher vom Rechtsstreite zurücktrat. — Comp. §. 90, Note a.

11) L. 15, §. 3, L. 16 D. de rei vind. (6, 1). Comp. §. 320, Satz 3.

derer Ausführung verwiesen werde. Dahingegen gilt von dem **nächsten** oder **unmittelbaren** Streitobjecte, dem Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien, die natürliche, aber entgegengesetzte Regel, daß die Ansprüche, welche durch die Klage verfolgt werden sollen, bereits zur Zeit der Klagerhebung völlig begründet sein müssen, und daß daher, wenn dies nicht der Fall war, die Begründung aber während des Laufes des Rechtsstreits eintrat, nicht die alte Klage aufrecht erhalten werden kann, sondern ein neuer Proceß deshalb begonnen werden muß. Es ist das aber schon deshalb nothwendig, weil die Vertheidigung des Beklagten nunmehr eine andere sein wird, als bei der frühern Klage, welche auf ein bereits rechtlich bestehendes Rechtsverhältniß nicht gegründet werden konnte. Im Römischen Rechte[12]) findet sich diese Regel wenigstens angedeutet, jedoch rücksichtlich der rei vindicatio und ähnlicher dinglicher Klagen eine bedingte Ausnahme festgesetzt. Das neuere Recht, namentlich das deutsche Proceßrecht, hat dagegen jene Regel unbedingt anerkannt und die Ausnahme, selbst nicht einmal mit der beschränkenden Modification des Kanonischen Rechts[13]), zugelassen, indem es bei jeder Klage, auch bei der Eigenthumsklage, zu deren Rechtsbeständigkeit die Angabe eines bestimmten Erwerbsgrundes für das verfolgte Recht alsbald erfordert und deshalb das spätere Nachbringen dieses Erwerbsgrundes nicht gestattet. Eine andere Ausnahme des Römischen Rechts wird jedoch auch jetzt noch anerkannt[14]). In dem Falle nämlich, wenn die Klage gegen eine bestimmte Person, als Besitzer eines bestimmten Objects gerichtet ist, und sie, obgleich sie zur Zeit der

---

12) L. 23 D. de judic. (5, 1). Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset ideoque alia interpellatione opus est. L. 14 D. de aqua et aquae pluv. (39, 3). De eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo judicio agendum est. — L. 14, §. 2 D. de exc. rei judic. (44, 2) — at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur.

13) Cap. 3 de sentent. in VIto (2, 14). **Comp.**, §. 144, Note d, e. **Glück**, a. a. O., §. 280, 281, nach Note 10. **W. H. Puchta**, Gerichtl. Klagen, Ausg. 2, §. 14 fg. **Seuffert**, Archiv, I, 362.

14) L. 27, §. 1 i. f. D. de rei vind. (6, 1). Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.

Klagerhebung den Besitz nicht hatte, dennoch auf den Rechtsstreit sich einließ, soll es zur Statthaftigkeit der Klage ausnahmsweise genügen, wenn der Besitz nur während des Processes und vor Ertheilung des Enderkenntnisses vom Verklagten erlangt wurde. Denn es wäre Pflicht des Beklagten gewesen, sich gleich anfangs als den unrechten Beklagten zu erkennen zu geben; indem er dies aber unterließ, war er als solcher zu betrachten, qui liti se obtulit und dadurch noch mehr verpflichtet, als er durch den Besitz, welchen er nachträglich erlangte, verpflichtet werden konnte.

§. 27.

Besonders von den relativen Eigenschaften:

a) Nicht connexer Sachen.

I. Bei der großen Menge von Amtsgeschäften, welche den meisten Gerichten in Deutschland obliegen und deshalb nicht alle schnell genug nach den Wünschen der Interessenten besorgt werden können, so daß öfters Beschwerden über Verzögerung der Rechtspflege vorkommen, ist es wichtig die Regeln zu kennen, nach welchen die Gerichte sich bei der Reihenfolge ihrer Geschäftsbesorgung zu richten schuldig sind, um diese verantworten zu können. Im Römischen Rechte[1]) sind über die Reihenfolge, in welcher die mehren von einander ganz unabhängigen Civilrechtsstreitigkeiten und sonstige Amtsgeschäfte der Gerichte besorgt werden sollen, keine bestimmten Regeln gegeben, da sich der ordo cognitionum, von welchem die Quellen allerdings reden, lediglich auf die Reihenfolge mehrer unter einander connexer Rechtssachen, wovon im nächsten §. die Rede sein wird, bezieht. In der Reichskammergerichtsordnung[2]) ist dagegen wol eine gewisse Geschäftsordnung für dieses Reichsgericht ertheilt, auch einer großen Anzahl bestimmter

1) Tit. tot. C. de ordine judicior. (3, 8). Tit. tot. C. de ord. cognit. (7, 19). Heffter, Institut. des Civilprocesses, S. 103 fg. Glück, VI, §. 534.

2) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 10, §. 2 a. E.; §. 8. Visitationsabschied von 1713, §. 60, §. 70. Pütter, Nova epitome process., §. 60.

Streitigkeiten der Vorzug eingeräumt worden, vor allen andern, ohne Rücksicht auf die zwischen ihnen bestehende Zeitordnung, expedirt zu werden; allein diese Vorrechte auf besonders schnelle Expedition und Entscheidung hängen fast ohne Ausnahme mit der Verfassung des Reichskammergerichts zusammen und können daher auf Landesgerichte keine Ausdehnung erleiden (S. 30). — In Ermangelung besonderer Bestimmungen der Landesgesetze müssen daher folgende Rechtssachen als gemeinrechtlich in Ansehung schnellerer Expedition begünstigt angesehen werden. Zunächst sind 1) vor allen andern Angelegenheiten, womit ein Gericht zu thun hat, diejenigen zu expediren, bei deren gerichtlicher Verhandlung und Entscheidung Gefahr auf dem Verzuge haftet, da es nicht nur dem Zwecke der bürgerlichen Rechtspflege entspricht, solchen Gegenständen eine schnellere Hülfe angedeihen zu lassen, sondern dies auch in den Reichsgesetzen[3]) allgemein angeordnet ist. Aus diesem Grunde bringt es der Geschäftstyl im Processe mit sich, daß alsbald auf der Aufschrift eines Antrags bemerkt wird: hierbei trete Gefahr im Verzuge ein. Sodann aber genießen 2) alle Criminalsachen, als solche, vor den Civilsachen, vorausgesetzt, daß bei diesen nicht Gefahr auf dem Verzuge haftet, den Vorzug früherer Besorgung. Erleidet jedoch auch die Criminalsache Gefahr durch den Verzug, dann geht sie allen Civilsachen vorher. Dieser Vorzug der Criminalsachen gründet sich nicht sowol auf das ältere Römische Recht, da dies die Criminalsachen weniger aus dem Gesichtspunkte des öffentlichen Wohles, sondern mehr als Privatsache des Privatanklägers betrachtet hat, als auf das neuere Römische Recht[4]) und noch mehr auf die Vorschriften des Deutschen Rechts, welches aus Gründen des öffentlichen Wohles die vorzügliche Beschleunigung der Criminalsachen angeordnet hat. Nicht selten werden daher von Seiten des Beklagten, um aus diesem Vorzuge der Criminalsachen in einer Civilproceßsache Nutzen zu ziehen, Einreden gegen die erhobene Klage aus begangenen Verbrechen hergeleitet, z. B. die der Fälschung, des Zinswuchers,

---

3) Reichsabschied von 1566, §. 117, 118.

4) L. 4 C. de ordine judic. (3, 8). L. 33 D. de adult. (9, 9). Peinliche Gerichtsordnung, Art. 77. — Cap. 1 X. de except. (2, 25). Siehe §. 25, Note 6.

in der Absicht, die Civilsache bis nach Beendigung der Untersuchung zum Stillstande zu bringen; da aber eine solche Einrede im Civilprocesse nur den Privatvortheil Dessen, der sich ihrer bedient, bezweckt, nicht aber die Bestrafung des Verbrechers, so ist es unzulässig, einer solchen den Vorzug der Criminalsachen zu ertheilen (S. 177), vielmehr müssen dieselben, wenn sie nicht alsbald liquid gemacht werden können, zu besonderer Ausführung verwiesen werden, unbeschadet jedoch der Befugniß des Gerichts zum Zweck der Bestrafung des Verbrechers die Criminaluntersuchung einzuleiten. Endlich aber sollen 3) diejenigen Civilproceßsachen, in welchen über die Infamia einer Partei ein Urtheil zu fällen sein würde, z. B. wenn aus einem Vertrage geklagt wird, bei welchem den Unterliegenden der Verlust seiner Ehre treffen würde, also nach Römischem Rechte[5]) aus der societas, mandatum, depositum, tutela, den Vorzug haben vor allen andern Processen, welche nur das Vermögen betreffen.

II. Die nur erwähnten drei Arten von Rechtssachen kann man daher als allgemein und direct hinsichtlich der Expedition privilegirte betrachten, ohne zu unterscheiden, ob die mehren Rechtssachen zwischen denselben oder verschiedenen Parteien verhandelt werden. Außer denselben gibt es aber noch zwei Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, welche man nur als indirect privilegirt deshalb betrachten kann, weil sie nur die Wirkung haben, den einen Rechtsstreit so lange in Stillstand zu bringen, bis der andere erledigt ist, und dadurch folgeweise nur den Vorzug des einen vor dem andern begründen. Dahin gehören die Verhandlungen über die Einrede des Spolium, welche jedoch nur zwischen denselben Parteien ihre Wirkung äußert, und der vom Staate erhobene Anspruch auf Confiscation einer Erbschaft, auf welche auch von andern Personen Rechte geltend gemacht werden. Die Einrede des Spoliums[6]) findet in dem Kanonischen Rechte

---

5) L. 104 D. de reg. jur. (50, 17). Zimmern, Römische Rechtsgeschichte, III, 299, Note 13.

6) Cap. 1, de restitut. spoliati in VIto (2, 5). Fleck, Comment. binae de interd. unde vi (1797), p. 135 i. f. seq. Carpzov, Jurispr. forens. pars 1, const. 6, defin. 9, no. 2—6. Seuffert, Archiv, III, 56, 267; V, 23; III, 109; IV, 120. v. Savigny, Das Recht des Besitzes, §. 50 a. E. (Ausg. 6), S. 628. Gesterding, Ausbeute, III, 118.

ihre Begründung und ist von da in sehr viele Landesgesetzgebungen übergegangen. Es kann sich derselben aber jeder Spoliirte gegen den Spolianten in der Absicht bedienen, von aller Einlassung auf einen vom Spolianten gegen den Spoliirten erhobenen Rechtsstreit so lange sich zu befreien, bis zuvor das Spolium restituirt worden ist. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß diese Einrede längstens binnen 15 Tagen, nachdem sie vorgeschützt worden ist, als begründet dargethan werde, ohne abzuwarten, ob der angebliche Spoliant das behauptete Spolium zugesteht oder leugnet. Dagegen findet die Einrede gegen einen Dritten, der blos Mitwissender des Spolium ist, nicht statt. — Was dagegen den relativen Vorzug des Anspruchs des Staats auf Confiscation einer Erbschaft betrifft, so ist dieser schon im Römischen Rechte[7]) dahin bestimmt, daß der Proceß über den Confiscationsanspruch des Fiscus zuvörderst erledigt sein soll, ehe irgend welche Ansprüche von Privatleuten auf dieselbe Erbschaft gerichtlich erörtert werden dürfen, mögen diese Ansprüche sein, von welcher Art sie wollen. Selbst die Gläubiger des Verstorbenen, welche, wenn der Rechtsstreit zwischen Privatleuten geführt würde, von dem Inhaber der Erbschaft, ohne den Ausgang des Processes erwarten zu müssen, ihre Befriedigung fordern könnten, und auch vom Fiscus, falls er obsiegt, befriedigt werden müßten, sind verbunden, mit Geltendmachung ihrer Ansprüche bis nach Austrag der Sache Anstand zu nehmen.

§. 28.

Von den relativen Eigenschaften:

b) der connexen[1]) Sachen *a*) überhaupt.

I. In den römischen, kanonischen und deutschen Gesetzen[2]) wird allerdings nicht nur des Zusammenhanges mehrer Rechts-

7) L. 35 D. de jure fisc. (44, 19). L. 19 D. de heredit. petit. (5, 3). Heffter, a. a. O., S. 106, Nr. 10, 12.

1) Heffter, Instit. des Civilprocesses, S. 103 fg. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprocesses, §. 50—55. Brackenhöft, Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse (Göttingen 1832). Bayer, Vorträge (Aufl. 8), §. 15—17, S. 50 fg. Vielfach andere Ansichten hat Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten (Göttingen 1844).

2) L. 10 C. de judic. (3, 1). Nulli prorsus audientia praebeatur,

sachen in Bezug auf deren gerichtliche Verfolgung — der continentia causarum — Erwähnung gethan, sondern auch die Trennung solcher Rechtssachen verboten und an deren Verbindung Vortheile geknüpft; allein der Begriff und die Erfordernisse dieser continentia causarum werden nicht festgestellt, sondern nur Beispiele davon angeführt. Es ist daher Sache der Theorie, diesem Mangel abzuhelfen. Zu dem Ende genügt es aber nicht mit den ältern Proceßrechtslehren [3]) die verschiedenen Unterarten der connexen Rechtssachen: die präjudiciellen, präparatorischen, Incident- und die im engern Sinne connexen Sachen aufzuzählen, vielmehr müssen aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen allgemeine Grundsätze abstrahirt und so der allgemeine Begriff der processualischen Connexität (continentia causarum) festgestellt werden, um allen den Nachtheilen vorzubeugen, welche aus der Trennung dieser Connexität entstehen, und die Vortheile darzulegen, welche vermöge einer solchen Verbindung erlangt werden können. Dabei ist aber noch zu gedenken, daß es völlig unrichtig ist jene vierte Unterart der connexen Sachen, die der connexen im engern Sinne, worunter man diejenigen Sachen versteht, welche einen gemeinschaftlichen Entstehungsgrund haben, z. B. die condictio furtiva und die actio furti, mehre Klagen auf separirte Legate aus einem Testamente, anzunehmen, weil diese Sachen einen Einfluß auf einander nicht haben, einander auch nicht ausschließen, und daher eine solche Eintheilung völlig irrelevant ist. — Bleibt man aber bei jenen drei ersten Arten connexer Rechtssachen stehen, so ergibt sich als Resultat einer solchen Betrachtung des Inhalts der zerstreuten Quellen folgender **Begriff** der processualischen **Connexität** [4]): es ist die relative aber zufällige Eigen-

qui causae continentiam dividit et (ex beneficii praerogativa) id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare, poena ex officio judicis imminente ei, qui contra hanc supplicaverit sanctionem atque alium super possessione, alium super principali quaestione judicem postulaverit. Cap. 1 X. de sequestr. (2, 17); Cap. 3, de rescr. in VI[to] (1, 3). Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 23 fg. Vergl. dagegen **Planck**, a. a. O., S. 33 fg.

3) **Danz**, Ordentl. Proceß, Ausg. 5, §. 54. **de Berger**, Elect. discept. for., tit. 6, obs. 2, nota 2.

4) Anderer Meinung ist **Planck**, a. a. O., S. 11 fg., 33fg., 531, welcher davon ausgeht, im Römischen Rechte werde bestimmt: jede einmal zur

schaft mehrer an und für sich trennbarer Gegenstände eines bürgerlichen Rechtsstreits, vermöge deren einer derselben für den andern besondere (außerdem nicht eintretende) processualische Wirkungen dadurch erzeugt, daß alle diese Objecte als Theile des nämlichen einzelnen Rechtsstreits entweder in der That anzusehen sind, selbst wenn dieselben auch getrennt von einander vor Gericht verhandelt und entschieden werden (materielle Connexität), oder wenigstens in der äußern Form so behandelt werden, als ob sie dieses wären, was in der That der Fall nicht ist (formelle Connexität). Daraus ergeben sich dann die drei Hauptarten der Proceßconnexität, die materielle, die formelle und die gemischte, insofern bei der letztern eine formelle und materielle Verbindung in Ansehung mehrer Rechtsstreitigkeiten zugleich vorhanden ist. Es bedürfen jedoch nur die beiden erstern Arten einer besondern Betrachtung rücksichtlich der für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen, während für die dritte Gattung sich diese aus der Verbindung der Regeln, welche für die beiden andern Gattungen gelten, ohne Weiteres ergeben.

II. Der so eben entwickelte Begriff der processualischen Connexität setzt aber folgende Erfordernisse an den als connex zu betrachtenden Gegenständen voraus. Zuvörderst kann nur bei mehren selbständigen Streitpunkten, deren jeder auch getrennt von dem andern alleiniger Gegenstand eines abgesonderten Rechtsstreits sein könnte, von processualischer Connexität die Rede sein, wie z. B. bei dem possessorium und petitorium, der rei vindicatio und actio ad exhibendum, der Ehescheidungsklage und der auf Rückgabe der Dos. Denn indem die Gesetze[5]) eine Trennung solcher Streitobjecte verbieten, von denen sie den Ausdruck continentia causarum gebrauchen, erkennen sie die Möglichkeit einer Trennung an und geben dadurch zugleich die Grundlage des Un-

---

gerichtlichen Verhandlung gebrachte Rechtssache kann nicht gleichzeitig zum Gegenstande eines zweiten Verfahrens gemacht werden, deshalb können einzelne Theile der Streitfrage nicht abgelöst werden. Siehe seine Auslegung der L. 10 C. cit., S. 34 fg.

5) Die Behauptung, es gelte dies nur von den Verhandlungen vor dem judex pedaneus, ist irrig, da in Cap. 1 X. de sequestr. (2, 17) derselbe Ausdruck vorkommt, das Kanonische Recht aber den jud. pedan. nicht kennt.

terschieds zwischen connexen und identischen Rechssachen[6]). Identität liegt nämlich bei mehren Streitpunkten dann vor, wenn die einzelnen in einem getrennten Rechtsstreite nicht verfolgt werden können, sondern als unzertrennliche Bestandtheile des Hauptobjects im Rechtsstreite zu betrachten sind, z. B. die Accessorien einer Hauptsache, die Einrede der Extinctivverjährung. Wichtig besonders ist dieser Unterschied für die Wirkung der res judicata (vergl. §. 103, 113 des Comp.). — Sodann verdienen nur solche mehre Streitpunkte, welche auf einander einen processualischen Einfluß haben, also eigene Proceßrechte und Pflichten erzeugen können, den Namen processualisch connexer. Dieser Einfluß darf sich daher nicht lediglich in den außergerichtlichen Wirkungen, welche Folge des Zusammenhangs mehrer Ansprüche sind, äußern (es ist deshalb z. B. die Art und Weise, wie die Mittel zu einer in einem Rechtsstreite zu bestellenden Caution beschafft werden, mit dem Rechtsstreite selbst nie processualisch-connex), sondern nur darin, daß die gerichtliche Behandlung und Entscheidung der connexen Rechtssachen selbst durch den Zusammenhang derselben modificirt wird. Die processualischen Wirkungen aber, welche connexe Rechtssachen auf einander äußern, sind von den Gesetzen nach den Zwecken bestimmt, welche dem Verbote der Trennung solcher Sachen zu Grunde liegen und darauf gerichtet sind, die Führung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits abzukürzen, zu vereinfachen und sonst zu erleichtern; zu verhüten, daß Urtheile verschiedener Gerichte über dergleichen Sachen mit einander im Widerspruch gerathen; endlich die Zahl der Rechtsstreitigkeiten dadurch zu vermindern, daß eine an die Stelle mehrer tritt. Daher sind, um diese Zwecke zu erreichen, die connexen Rechtssachen mehrentheils an die nämlichen Gerichte verwiesen und haben häufig nicht nur auf den Gang des einzelnen Rechtsstreits, sondern auch auf die Art der Verhandlung desselben entschiedenen Einfluß, z. B. der Besitz auf die Beweislast, die Verbindung des Possessorium mit dem Petitorium insofern, als dann Alles in dem ordentlichen langsamen Gange des Verfahrens zu verhandeln ist,

6) Gönner, Handbuch, I, 429. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 176. Glück, Pandekten, XI, §. 751. Martin und Walch, Magazin, I, 15 fg.

während bei einer Trennung beider das erstere summarisch zu verhandeln gewesen sein würde. Endlich aber ist es als ein Merkmal der processualisch-connexen Rechtssachen zu betrachten, daß die Einheit der Verhandlung derselben in einem einzigen Rechtsstreite nur als etwas Zufälliges, keineswegs absolut Nothwendiges zu betrachten ist, so daß der Partei das Recht zusteht zu wählen, ob sie, je nach den Umständen des einzelnen Falles, mehr oder weniger von den gesetzlichen Wirkungen der Connexität mit einander vereinigen oder keinen Gebrauch davon machen will. Schon die citirte L. 10 C. de judic. schreibt nicht vor, daß die mehren connexen Sachen in einem und demselben Verfahren verhandelt, sondern nur, daß sie alle an dasselbe Gericht gebracht werden, also nur Einheit des Gerichts (S. 190, Note 5). Wenn daher eine Trennung materiell connexer Rechtssachen im einzelnen Falle vorgenommen sein sollte, so wird dann doch der Einfluß, welcher aus einem solchen Zusammenhange auf die verschiedenen Ansprüche hervorgeht, durch deren formelle Trennung nicht vermindert werden können, wie dies auch gesetzlich anerkannt ist, z. B. rücksichtlich des Resultats der hereditatis petitio partiaria [7]) auf die später zu erhebende actio familiae herciscundae. Ja es ist nicht ohne Zweifel, ob die Römer, welche doch die Trennung der Connexität verboten, es gestattet haben, mehre für sich bestehende Klagen zu cumuliren [8]).

§. 29.

Von den connexen Rechtssachen.

b) **Insbesondere: I. von den blos formell connexen.**

I. Die römischen und kanonischen Gesetze [1]) verbieten allen streitenden Parteien, welche mehre persönliche Ansprüche an ein-

---

7) L. 1, §. 1, D. fam. herisc. (10, 2). Cap. 3 X. de ordin. cognit. (2, 10); siehe auch L. 42 pr. D. de nox. act. (9, 4).

8) L. 6 D. de exc. rei. jud. (44, 2). Glück, Comment. der Pandekten, §. 284 a.

1) Nov. 96, cap. 2, §. 1. Sancimus igitur si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem,

ander haben, diese zu gleicher Zeit vor verschiedenen Gerichten zu verfolgen, sollten gleich die mehren Ansprüche in gar keinem reellen Zusammenhange mit einander stehen. Trägt jedoch eine Partei Bedenken, die mehren dergleichen Ansprüche, welche ihr an denselben Gegner zustehen, vor demselben Gerichte geltend zu machen, dann muß sie mit Verfolgung des zweiten Anspruchs so lange warten, bis der erste völlig beendigt ist; denn von den Gesetzen ist nur die gleichzeitige Behandlung mehrer Ansprüche zu derselben Zeit vor verschiedenen Gerichten verboten. In einem solchen Falle zeigt sich dann freilich keinerlei processualische Connexität zwischen den verschiedenen Ansprüchen. Sobald dagegen die Partei es für zweckmäßig findet, alle ihre verschiedenen Ansprüche oder Gegenforderungen gleichzeitig vor Gericht zu verfolgen, nöthigt jene Vorschrift sie dennoch auf keine Weise weder sämmtliche Ansprüche in der Form eines einzigen Rechtsstreits zu verhandeln, noch einerlei Proceßart auf alle anzuwenden; vielmehr genügt es, wenn in einem solchen Falle die Identität des Forums beobachtet wird, mithin alle Ansprüche an ein Gericht gebracht werden, bei welchem alle die verschiedenen Forderungen verfolgt werden können. Es kann allerdings unter gewissen Voraussetzungen von bedeutendem Vortheile für eine Partei sein, diese einzelnen Ansprüche in abgesonderten Klagschriften, und folgeweise Rechtsstreitigkeiten, wenn auch vor demselben Gerichte geltend zu machen, um dadurch eine formelle Connexität der mehren Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Umgekehrt kann es aber auch von großem processualischen Nutzen für die Partei sein, diese verschiedenen Ansprüche nicht nur an das nämliche Gericht zu bringen, sondern sie auch in Form eines einzigen Rechtsstreits zu verfolgen, in welchem Falle dann die rein formelle Connexität der verschiedenen Ansprüche entsteht. In beiden Beziehungen ist aber die Wahl der freien Willkür der Parteien überlassen.

---

sed apud eum mox a principio convenire et eundem esse judicem in utroque negotio. Cap. 43 X. de rescript. (1, 3). Cap. 3 de rescript. in VI[to] (1, 3). Decernimus, ut si quis contra alium plures personales movere voluerit quaestiones, non ad diversos judices, sed ad eosdem super omnibus — literas studeat impetrare.

II. Die vorzüglichsten Fälle einer solchen formellen Connexität sind nun auf Seiten des Klägers: die objective Klagenhäufung, die Verbindung mehrer, in weiter keinem innern Zusammenhange stehender Klagen, als daß dieselben Parteien bei jeder derselben auftreten. Eine solche Cumulation ist wenigstens nach Kanonischem Recht und einer entschiedenen deutschen Praxis [2]) vollkommen zulässig, wenn auch jeder einzelne Anspruch in der Sache selbst von dem andern völlig unabhängig ist. Nach gemeinem Rechte ist ferner keine Anzahl von Klagen festgesetzt, wie viele äußersten Falls cumulirt werden dürfen, vielmehr bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, dies im einzelnen Falle zu bestimmen. Landesgesetze dagegen haben häufig eine bestimmte Anzahl der möglicherweise zu cumulirenden Klagen festgesetzt. Auf Seiten des Beklagten dagegen wird eine solche formelle Connexität begründet, theils durch Cumulation verschiedener Gegenansprüche, welche, wenngleich sie im Wege eines besondern Rechtsstreits hätten verfolgt werden können, jetzt aber nur zum Zweck der Compensation oder Retention in Form einer Einrede der Klage entgegengesetzt werden [3]); theils durch Anstellung der Widerklage. Denn dem Beklagten bleibt es nach gemeinem Rechte [4]) unbenommen, zugleich mit der Einredehandlung die Widerklage zu verbinden (reconventio simultanea), welche dann mit der Hauptklage in denselben Acten verhandelt und entschieden wird, obgleich sie mit derselben in keinem materiellen Zusammenhange steht.

III. In dergleichen Fällen formeller Connexität bestehen die vorzüglichsten processualischen Wirkungen dieser Verbindung 1) da-

2) Cap. 36 X. de testit. (2, 20). Cap. 2, §. 46 X. de caus. poss. et propr. (2, 12). Vergl. auch L. 25, §. 3, D. famil. hercisc. (10, 2); L. 52, §. 14, D. pro socio (17, 2); L. 1, §. 4, D. quod legat. (43, 3). Gail, Pract. obser., I, 63. Brunnemann, De concurs. cumulat. etc. act., sect. 2, cap. 1, §. 2, 11. Böhmer, De action., sect. 2, cap. 3, §. 65, nota ss; sect. 1, §. 1, nota m. Glück, a. a. O., §. 284 b. Vergl. auch Planck, Die Mehrh. d. Rechtsstreit., §. 9 fg., §. 43 fg.

3) Z. B. wegen eines Spoliums oder im Falle der L. un. C. etiam ob chirogr. pecun. (8, 27).

4) Jüngster Reichsabschied, §. 46. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 30. Vergl. Comp., §. 158.

rin, daß ein eigenthümlich competentes Gericht durch die Verbindung der mehren Ansprüche begründet wird, welches, abgesehen von derselben, für die einzelnen Ansprüche nicht zuständig gewesen wäre. Das zeigt sich aber nicht nur bei der Widerklage, sondern auch bei den mit der Hauptsache nicht connexen Einreden, und endlich bei der Cumulation der Klagen dann, wenn die Competenz des Gerichts nur durch eine bestimmte Höhe des Geldwerthes der einzelnen Klagansprüche begründet wird, welche jede einzelne Forderung zwar nicht hat, die aber wol durch die Zusammenrechnung der mehren Forderungen herauskommt. Wichtig ist dies besonders für die Appellationsinstanz, um die summa appellabilis zu begründen. Dabei ist es aber wenigstens nach einer ausgemachten Praxis ohne Erheblichkeit, ob die mehren cumulirten Klagen auf demselben oder völlig verschiedenen Rechtsgründen beruhen, sobald nur die Cumulation rein objectiv ist [5]). Eine weitere Wirkung der formellen Connexität ist 2) daß alle die verschiedenen Ansprüche in denselben Acten verhandelt werden, also Einheit des Rechtsstreits. Alle Parteivorträge und alle gerichtliche Ausfertigungen umfassen demzufolge die sämmtlichen vereinigten Streitigkeiten so, als wäre es nur ein Rechtsstreit. Selbst dann, wenn während der Proceßleitung der einzelne Posten vor den übrigen schneller liquid werden sollte, wird dieser von den andern nicht getrennt, sondern es wird erst, wenn alle Ansprüche zur Fassung eines Urtheils vorbereitet sind, in einem einzigen Urtheile für alle Ansprüche das Erforderliche verfügt. Sodann aber hat die formelle Connexität 3) die Folge, daß eine Einheit der Proceßgattung, namentlich im Falle objectiver Klagenhäufung, entsteht. Denn da ein einziger Rechtsstreit nicht zugleich in verschiedenen Proceßgattungen geführt werden kann, müssen alle die vereinigten Ansprüche in der nämlichen Gattung, sei dies der ordentliche oder summarische Proceß, erörtert werden. In Ansehung der Bagatellsachen hat dies die Folge, daß sie, während sie einzeln ein summarisches Verfahren veranlassen würden, vereinigt, sobald die Summe aller Ansprüche, welche cumulirt

---

5) L. 11, §. 2, D. de jurisd. (2, 1); L. 10, §. 1, D. de appell. (49, 1). Siehe oben §. 26, III. 3), S. 182.

werden, den Betrag eines wichtigen Objects erreicht, im ordentlichen Processe zu verhandeln sind. Dagegen entsteht 4) durch die Vereinigung der mehren Ansprüche zu einem Rechtsstreit keine Veränderung in den Materialien des Rechtsstreits, vielmehr bleibt jeder der verschiedenen Ansprüche eine Hauptsache für sich, und kann nicht als bloße Nebensache der andern Forderung betrachtet werden. Es hat daher selbst in der Entscheidung der eine nur dann einen Einfluß auf den andern, wenn zugleich materielle, also gemischte Connexität zwischen ihnen vorliegt, wie das bei mehren vorgeschützten Einreden stets der Fall ist. Am meisten tritt diese Unabhängigkeit in dem zu ertheilenden Urtheile und den darauf folgenden Proceßschritten hervor, indem rücksichtlich des einen Anspruchs ein endliches Urtheil, wegen des andern dagegen nur ein Interlocut ertheilt wird, der eine bereits in die Executionsinstanz übergeht, während der andere erst noch der Beweisführung bedarf [6]). Endlich hat aber auch die formelle Connexität 5) in der Regel noch den Nutzen für die Parteien, daß sie die Gerichtssporteln nur einmal ohne Rücksicht auf die Zahl der vereinigten Posten zu zahlen haben, vorausgesetzt jedoch, daß die Quantität der Sporteln nicht nach der Größe des Streitobjects berechnet wird, wie das häufig in Landesgesetzgebungen angeordnet ist. Denn in diesem Falle würde dem Richter eine Zusammenrechnung ebenso erlaubt sein wie der Partei.

IV. Alle diese verschiedenen Wirkungen der formellen Connexität äußern sich jedoch mit einigen Modificationen auch dann, wenn die mehren verbundenen Ansprüche zufälligerweise auch materiell connex sind, mithin eine gemischte Connexität eintritt. Die wesentlichste Modification ist dann die, daß eine Separation der Ansprüche im Urtheil und in den verschiedenen Stadien des Processes, wie sie oben (Satz III. 4) angedeutet wurde, nicht stattfindet. Eine solche gemischte Connexität tritt aber regelmäßig dann ein, wenn auf Seiten der einen oder andern Partei mehre Litisconsorten freiwillig auftreten (§. 34), oder wenn ein Dritter durch Intervention, wenigstens accessorische, sich in den Rechtsstreit anderer Personen einmischt (§. 303), oder endlich wenn ein Con-

6) Für eine so getrennte Behandlung spricht arg. L. 21 D. reb. credit. (12, 1).

curs der Gläubiger desselben Schuldners eröffnet worden ist. Denn in diesem Falle ist in Ansehung der Priorität unter den verschiedenen angemeldeten Forderungen eine gemischte Connexität unverkennbar.

§. 30.

II. Von den materiell connexen Sachen.

aa) Ueberhaupt.

Wesentlich verschieden von den für die formelle Connexität mehrer streitiger Ansprüche geltenden Grundsätzen sind die für die materielle Connexität. Denn während der Einfluß der formellen Connexität zwischen den einzelnen Ansprüchen alsbald dann aufhört, wenn die Parteien es vorziehen die gegenseitigen Ansprüche getrennt vor Gericht zu verhandeln, üben die materiell connexen Sachen selbst dann, wenn die einzelnen Rechtsstreitigkeiten völlig getrennt, insbesondere nach einander, successiv, vor Gericht verhandelt werden, den wesentlichsten Einfluß auf einander. Dieser Einfluß äußert sich aber nicht blos in der processualischen Behandlung der mehren Rechtsstreitigkeiten, indem daraus folgt, welche der Parteien die Rolle des Klägers oder Beklagten zu übernehmen habe u. s. w., sondern auch in der Entscheidung der Sache selbst, mag diese Proceßrechte und Pflichten oder das streitige Rechtsverhältniß an sich betreffen, z. B. jenes bei Bestimmung der Beweislast, dieses wenn bei einem Rechtsstreit über eine Erbtheilung die Frage von der Legitimität der Ehe, worin der Erbprätendent erzeugt wurde, entsteht. Es ist daher auch ein solcher Einfluß nicht, wie bei den formell connexen Rechtssachen, blos Gegenstand der Proceßpolitik einer Partei, sondern, unabhängig von deren Willkür, in der Natur der Streitverhältnisse begründet. — Bei der formellen Connexität ist ferner der gegenseitige Einfluß nur einerlei Art, indem er sich lediglich auf den Gang der gerichtlichen Behandlung der einzelnen Rechtssachen bezieht, nicht so bei den materiell connexen Sachen. Denn einmal sind nach dem Grade des Einflusses präjudicielle und präparatorische zu unterscheiden, weil der Einfluß der erstern von ganz anderer Bedeutung als wie der der letztern ist; dann aber sind lediglich danach, ob eine solche Frage gleich beim Anfang des Rechtsstreits oder erst in dessen Verlaufe zur Sprache

kommt, also der Verschiedenheit der Zeit nach, ursprüngliche von Incidentfragen zu trennen. Wichtig ist dieser letztere Unterschied besonders für den Gerichtsstand der Verhandlungen (§. 32 u. 55). Endlich ist noch zu beachten, daß während bei formell connexen Rechtssachen nur Hauptsachen vorhanden sind, bei materiell connexen Haupt- und Nebensachen [1]) wohl zu unterscheiden sind. Bei aller materiellen Connexität liegt nämlich ein solches Verhältniß diesen mehren Streitpunkten zu Grunde, daß nur einer den wahren Zweck der Parteien enthält und als Hauptsache zu betrachten ist, während die damit verbundenen übrigen Streitfragen an sich nicht den Zweck der Parteien enthalten, sondern nur als Nebensache in der Absicht zur Sprache kommen, um theils das Gewinnen der Hauptsache zu erleichtern, theils Schwierigkeiten zu beseitigen, die dem Hauptzweck durch Nebenpunkte verursacht werden. Deshalb kann es denn allerdings vorkommen, daß die Entscheidung in der Hauptsache ganz von der der Nebensache abhängt, auch daß das Gericht ex officio sich bewogen findet, die materielle Connexität zu ergänzen, z. B. bei der Legitimation zur Sache im engern Sinne. Materiell connexe Civilproceßsachen sind daher solche selbständige (trennbare) Rechtsverhältnisse streitender Theile, welche außer dem eigentlichen Gegenstande des concreten Rechtsstreits bei Gelegenheit dieses, also zufällig, besondere processualische Rechte und Pflichten veranlassen, welche insofern Einfluß auf die Hauptsache haben, als sie dazu dienen diese zu erleichtern, oder Vorfragen und Consequenzen derselben zu erledigen. Eine nothwendige Folge dieses innern Zusammenhanges der materiell connexen Rechtssachen ist es daher auch, daß sie regelmäßig vor demselben Gerichte [2]), selbst mit Ueberschreitung der objectiven Grenzen der Jurisdiction desselben [3]), zur Verhandlung und Entscheidung kommen müssen.

---

1) Cap. 18 i. f. X. de rescr. (1, 3). Cap. 37, 38, X. de testib. (2, 20). Wahlcapitulation Kaiser Franz II., Art. 16, §. 17.

2) L. 10 C. de judiciis (3, 1). Cap. 1 X. de caus. possess. (2, 12). Cap. 1 X. de sequestr. (2, 17). Ausnahmen bezüglich des Petitorium und Possessorium: Cap. 21 X. de judic. (2, 1); des Civilanspruchs aus Verbrechen: Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12, 99, 201. Siehe §. 28, I.

3) L. 1 C. de off. rect. (1, 40). L. 3 C. de judic. (3, 1). L. 1 C. de ord. judic. (3, 8). Cap. 3 X. de donat. int. vir. (4, 20). Siehe auch §. 55.

§. 31.

bb) Insbesondere:

1) Präparatorische und Präjudicialsachen.

I. Der in den Gesetzen übliche Ausdruck „praejudicium“ wird in der Sprache des Civilprocesses in dreierlei verschiedener Bedeutung gebraucht, theils, und das besonders im heutigen Gerichtsgebrauch, für diejenige richterliche Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage, wodurch für die Zukunft eine von verschiedenen Meinungen für die richtige, von dem Gerichte und den Parteien als Norm zu beachtende anerkannt wird (§. 4, VI.), theils für einen solchen Rechtsnachtheil, welcher im einzelnen Rechtsstreite für den Fall des Ungehorsams einer Partei, oder auch wol eines dritten Theilnehmers an dem Processe, vom Gerichte angedroht, und da nöthig vollstreckt wird, weshalb die richterlichen Verfügungen, in welchen dergleichen Androhungen erfolgen, im Gegensatze zu den dilatorischen, Präjudicialdecret genannt werden (Comp., §. 106, Nr. 2), theils endlich für denjenigen mehrer Streitpunkte, welcher früher als die andern regulirt und entschieden werden muß, weil von seiner Entscheidung die des andern Streitgegenstandes, sei es in Ansehung der Proceßleitung, oder der endlichen Entscheidung abhängt. In dieser letztern Bedeutung ist der fragliche Ausdruck für die gegenwärtigen Erörterungen aufzufassen.

II. Das Römische und ältere Deutsche Proceßrecht befolgte bei dergleichen Präjudicialfragen den im Ausdrucke liegenden Grundsatz, daß die dependente Streitfrage so lange suspendirt wurde und unerörtert blieb, bis die Vorfrage entschieden ward [1]). Allein durch diese Art der Behandlung der Präjudicialsachen entsteht eine bedeutende Verlängerung des Rechtsstreits zumal in dem Falle, wenn durch die Entscheidung der Präjudicialsache die Fortsetzung der Hauptsache nicht ganz unnöthig wird, sondern

---

1) Siehe z. B. in L. 16 D. de except. (44, 1); L. 5 C. de ordine cognit. (7, 19). Vergl. überhaupt auch Planck, a. a. O., S. 176—204, 247 fg. Brackenhöft, a. a. O., S. 362 fg.

diese dadurch nur, was nicht selten der Fall ist, eine andere Wendung nimmt. Im Mittelalter wurde diese Verlängerung namentlich dadurch öfters vermehrt und gemisbraucht, daß Chicane Manches für eine Präjudicialfrage ausgab, was kein selbständiger Streitpunkt war, sondern nur als einer von den mehren Bestandtheilen einer einzigen Hauptsache betrachtet werden mußte, z. B. die sogenannte legitimatio ad causam. Um diesem Nachtheile abzuhelfen, haben spätere Reichs- [2]) und Landesgesetze das sogenannte Eventualprincip im Civilproceß eingeführt, in Folge dessen selbst wahrhafte Präjudicialfragen in der Regel nur neben den davon abhängigen Hauptfragen, und mit diesen zugleich für das richterliche Urtheil vorbereitet werden sollen, keineswegs aber eine successive Instruction zulässig ist, sobald dergleichen Fragen in demselben Rechtsstreite zur Sprache kommen, was nicht nothwendig ist, da sie auch getrennt werden dürfen. Hierdurch sollte aber die Präjudicialqualität des einen oder andern Punktes nicht aufgehoben werden, sondern das erkennende Gericht nur in den Stand gesetzt sein, bei Abfassung des Urtheils zugleich auf alle diese Punkte Rücksicht zu nehmen, zwar zuerst die Vorfrage zu entscheiden, insofern aber der dependente Punkt dieser Entscheidung ungeachtet eine eigene erfordern sollte, in demselben Erkenntnisse zugleich über diesen das Nöthige zu verfügen (§. 101). Es haben also die Präjudicialsachen auch jetzt noch in den Fällen, wo sie mit der dependenten Sache gleichzeitig erörtert werden, ihre Bedeutung um so weniger ganz verloren, als das Eventualprincip nur für die Leitung des Verfahrens, nicht aber für die Fällung des Endurtheils gilt, und sie auf dieses ebenso Einfluß üben, als sie dazu dienen, einen eigenen Gerichtsstand zu begründen (§. 55, III. und IV.).

III. Bei dieser Wichtigkeit der Sache ist es daher von Bedeutung, die Kennzeichen der Präjudicialsachen richtig anzugeben. Allein darüber herrscht unter den Juristen große Meinungsverschiedenheit [3]). Von der einen Seite hat man angenommen, als

---

2) Jüngster Reichsabschied, §. 37, 40, 45, 48, 70; und die im Comp. §. 101, Note a und b citirten Stellen. Seuffert, Archiv, IV, 152.

3) Lotz, Civilistische Abhandlungen (1820), S. 146 fg. Linde, Lehrbuch, §. 56. Siehe Comp., Note c.

Präjudicialsachen seien nur solche zu betrachten, zwischen denen und den dependenten Sachen ein Causalnexus stattfinde. Wenn dies auch für einzelne Fälle richtig sein mag, so ist doch dieses Kennzeichen als ein durchgreifendes nicht zu betrachten, da es in den Gesetzen an Beispielen [4]) nicht fehlt, wo keiner der connexen Streitpunkte als Ursache oder als Wirkung des andern betrachtet werden kann, gleichwol die präjudicielle Qualität des einen ausdrücklich anerkannt, und keineswegs ein blos negativer Effect zwischen beiden vorhanden ist. So ist gewiß das Eigenthum am herrschenden Grundstück ein Präjudicialpunkt für die erhobene Confessorienklage, und dennoch weder Ursache noch Wirkung derselben; ebenso ist der status libertatis präjudiciell für jede Befugniß eine Klage zu erheben, und dennoch nicht im Causalnexus mit allen und jeden Klagen; ferner das jus noxae dandi dependent vom Eigenthume am Thiere oder Sklaven, welche Schaden zufügten, allein doch nicht Effect des Eigenthums, sondern erst des verursachten Schadens und der Wahl dieser Tilgungsart der Verpflichtung des Eigenthümers; endlich ist die Einrede der zur Strafe des Ehebruchs verlorenen Dos präjudiciell zwar für die Rückforderung der Dos, und doch nicht Ursache des Rückforderungsrechts, sondern vielmehr ein Hinderniß desselben. — Auf anderer Seite [5]) hat man behauptet, Präjudicialsachen seien solche, bei denen dieselben Thatsachen, welche bei der davon dependenten Frage supponirt werden, zu Grunde liegen, so daß also dieselbe factische Frage bei beiden zur Entscheidung kommen müßte. Allein

---

4) L. 16 D. de except. (44, 1). Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter me et te controversia est, et dico *praeterea* viam ad eum per fundum Sempronianum, quem *tuum* esse constat, deberi. Si viam petam, exceptionem, quod praejudicium praedio non fiat, utilem *tibi* fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam *prius* probaverim, fundum *Titianum* meum esse. L. 5 C. de ord. cogn. (7, 19). Cum status quaestionem tibi moveri et debita petere velle commemores, ordinarium est prius solemnibus interpositis, si hoc juris admiserit ratio, causam liberalem apud praesidem provinciae decidi, ut si liber fueris vel servus non esse pronunciatus, tunc tibi jure debita restitui jubeat, cum hoc incerto — — ad solutionem debitorem tuum urgeri non oporteat.

5) v. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Civilproceßtheorie, S. 123.

in den Gesetzen [6]) ist nicht ausgeschlossen, daß auch dieselbe Rechtsfrage beiden Sachen zu Grunde liege, und hätte sich nach älterer römischer Gerichtsverfassung das judicium nur auf die factischen Fragen bezogen, so hörte dies doch später mit der Beseitigung des judex pedaneus auf; dann aber finden sich in den Gesetzen [7]) eine große Anzahl Präjudicialsachen aufgezählt, die auf völlig eigenthümlichen Thatsachen beruhen. Richtiger scheinen folgende Kennzeichen der Präjudicialsachen zu sein: es sind selbständige Rechtsverhältnisse, welche keinen nothwendigen Bestandtheil der von ihnen abhängigen Streitfrage bilden, sie kommen nur zufällig bei Erörterung der dependenten Streitfrage zur Sprache, indem die letztere nicht selten ohne jene Präjudicialsache verhandelt wird [8]); wenn sie aber vorkommen, enthalten sie ein Hinderniß für die Rechtsverfolgung einer Partei, sei es in Ansehung der Art und Weise des Verfahrens, namentlich des Gerichts, an welches man sich gewendet hat, sei es in Ansehung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst, der merita causae, welches hinweggeräumt sein muß, ehe die Rechtsverfolgung dieser Partei ihren bezweckten Erfolg haben kann; endlich aber ist der Einfluß aller präjudiciellen Sachen auf die von ihnen dependente Hauptsache nur ein negativer, keineswegs ein positiver, d. h. die Hauptsache kann dennoch auf Seiten der Partei verloren gehen, welche in der Präjudicialfrage obgesiegt hat, was umgekehrt nicht der Fall sein kann.

---

6) L. 21 D. de except. (44, 1). Rei majoris pecuniae *praejudicium* fieri videtur, cum ea quaestio *in judicium deducitur,* quae vel *tota* vel *ex aliqua parte* communis est quaestioni de re majori.

7) L. 5 C. de ordine cognit. L. 42 pr. D. de noxal. act. (9, 4). Si ad libertatem proclamaverit is, cujus nomine noxale judicium susceptum est, sustineri debet id judicium, quoad de statu ejus judicetur et sic si quidem servus fuerit pronunciatus, noxale judicium exercebitur, si *liber* inutile videbitur. L. 1, §. 1, D. famil. hercisc. (10, 2). L. 35 D. de jure fisci (49, 14). Apud Julianum scriptum est, si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat, altero eandem hereditatem fisco vindicante, quaeritur, utrum jus fisci ante excutiendum sit et sustinendae actiones caeterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, ne publicae causae praejudicetur? idque Senatusconsultis expressum est. Cap. 3 X. de donat int. virum et uxor. (4, 20).

8) Z. B. L. 42 D. de nox. act. (9, 4).

IV. Gerade in diesen beiden letztern Beziehungen unterscheiden sich aber präjudicielle und präparatorische Sachen, indem diese jederzeit Demjenigen, der in ihnen obsiegt, einen positiven Vortheil für die Fortsetzung der Hauptsache verschaffen, dagegen aber, wenn sie verloren gehen, doch kein Hinderniß abgeben, die Sache fortzusetzen und vielleicht zu gewinnen, wenn auch erst nach Ueberwindung mehrer Schwierigkeiten, welche durch das Präparatorium umgangen werden sollten. Hieraus erklärt es sich denn auch, warum die Präjudicialfragen entweder durch das Gericht von Amtswegen, oder, was die Regel bildet, durch diejenige Partei zur Sprache gebracht werden, welche dem Gegner dadurch ein Hinderniß in den Weg legen will, während keine präparatorische Frage von der Gegenpartei, sondern nur von derjenigen Partei in Anregung gebracht wird, welche sich für die Proceßführung dadurch eine Erleichterung zu verschaffen hofft. Weiter aber unterscheiden sich präjudicielle und präparatorische Sachen dadurch von einander, daß die letztern stets summarisch zu behandeln sind, was bei den erstern nicht nothwendig der Fall ist [9]), indem sie oft langsamer als die davon dependente Sache verhandelt werden, z. B. eine interventio principalis in einem Executivprocesse, und überhaupt von der in der Hauptsache beobachteten Art des Verfahrens völlig unabhängig sind. Endlich aber können Präjudicialsachen sogar gegen Dritte [10]) zu verhandeln sein, während dies bei präparatorischen nicht statthaft [11]) ist, weil in der Regel die Verhandlungen zwischen Dritten für die Hauptparteien ohne directen Einfluß sind, und weil, wenn dies doch der Fall ist, ein solcher Rechtsstreit in einem besondern Processe, nicht aber als präparatorische Sache im Hauptprocesse zu verhandeln ist, z. B. wenn es sich darum handelt, von einem Dritten eine für die Hauptsache wichtige Urkunde zu erlangen.

---

9) Anderer Meinung ist Gönner, Bd. 1, 25, §. 13. Dagegen Claproth, De intervent., cap. 2, §. 18, u. §. 304, Note m des Comp. Auch nehmen präparatorische Sachen nie die innere Natur der Hauptsache an. Seuffert, Archiv, Bd. 4, Nr. 145.

10) L. 42 pr. D. de nox. act.; L. 1, §. 16; L. 2, 3, D. de agnosc. et alend. (25, 3).

11) Heidelberger Jahrbücher der Literatur von 1815, S. 332. Gönner, Handbuch, Bd. 1, 25, §. 5.

V. Ungeachtet dieser Unterschiede stimmen die präjudiciellen und präparatorischen Sachen in vieler Beziehung überein, indem dieselben nach vollständiger Beendigung [12]) der Hauptsache als solche gar nicht mehr in Frage kommen, bald früher als die Hauptsache, also vor deren Anfang, bald gleichzeitig mit ihr verhandelt, oder doch während deren Verhandlung nachgeholt und ausgetragen werden, und deren Erörterung regelmäßig vor demselben Gerichte erfolgt (s. §. 30 a. E. u. §. 55), insbesondere aber rücksichtlich der Classification, welche man von den Hauptfällen derselben anzuführen pflegt. Alle Präjudicial- und präparatorische Sachen zerfallen nämlich in zwei Hauptarten, insofern durch sie entweder auf die gerichtliche Rechtsverfolgung, oder auf die Entscheidung des eigentlich streitigen Rechtsverhältnisses selbst eingewirkt werden soll. Die präjudiciellen und präparatorischen Sachen, welche nur die gerichtliche Rechtsverfolgung betreffen, äußern sich aber darin, daß durch sie einer Ungültigkeit des Verfahrens vorgebeugt, oder Schwierigkeiten beseitigt werden sollen, welche bei gültigem Verfahren aus andern Gründen entstehen und im einzelnen Falle bei der gerichtlichen Verfolgung sich zeigen. Beide kann man in dieser Richtung auf drei Classen zurückführen, insofern sie zunächst die streitenden Theile und deren allgemeine Proceßverhältnisse, das Gericht oder die Art und Weise des Verfahrens betreffen. Von den präjudiciellen [13]) Fragen sind zur ersten Classe die auf die persona standi in judicio, die Rollen des Klägers und Beklagten beim possessorium adipiscendae und recuperandae possessionis für alle diejenigen Realklagen, welche nur dem nicht Besitzenden zustehen, und die auf die active Legitimation zur Sache sich beziehenden; von den präparatorischen aber das Gesuch um Ernennung eines Curators für einen Abwesenden oder Minderjährigen, mit dem Proceß geführt werden soll, ferner die Provocation zum Klagen, das Gesuch um das

12) L. 74 D. de reg. jur.; L. 2 C. de ord. cogn. (7, 19). Pufendorf, II. obs. 113. Pütter, II. resp. 229, §. 366. Scheurlen, Civilproceß, Bd. 1, §. 41, Note 3. Anderer Meinung ist Linde, Lehrbuch, §. 57.

13) L. 42 pr. D. de reg. jur.; L. 2 C. de ord. cognit. Magazin für Proceß, Heft 2, S. 150, Note b. L. 24 D. de rei vind. (6, 1).; L. 16 D. de except. (44, 1).

Armenrecht oder einen Armenanwalt zu rechnen. Zu der zweiten Classe dagegen gehören von den präjudiciellen Fragen: die Erörterung über die dem Richter zustehende Art von Jurisdiction, auf welche es ankommt, die Gültigkeit einer Prorogation des Gerichtsstandes und die exceptiones fori declinatoriae; von den präparatorischen aber, wenn der Richter als verdächtig verbeten oder wegen zweifelhafter Competenz auf Ernennung einer Commission angetragen wird. Endlich aber sind zu der dritten Classe von den präjudiciellen: die Frage, ob eine Sache wichtig oder minderwichtig sei, die Einrede des Spoliums, des pacti de non-dum petendo, der Verfälschung einer Urkunde, der Bestechung eines Zeugen; von den präparatorischen aber: der Antrag auf Cautionsleistung für die Unkosten, auf Vorlegung von Urkunden, auf Arrestanlegung zur Sicherung der Execution, der Beweisantritt zum ewigen Gedächtniß zu zählen. Was andererseits die auf das eigentliche Rechtsverhältniß bezüglichen präjudiciellen und präparatorischen Sachen betrifft, so haben in dieser Hauptart die präjudiciellen Fragen entschieden das Uebergewicht, während der präparatorischen Sachen, welche auf das streitige Rechtsverhältniß selbst Einfluß haben, sehr wenige sind. Denn es gehört dahin [14]) etwa nur die actio ad exhibendum als Vorbereitung zur rei vindicatio, ferner das Gesuch eines Erben, daß der Besitztitel von Demjenigen angegeben werden müsse, welcher einzelne Erbschaftssachen besitzt, das Possessorium für das Petitorium, in so weit wie in pari causa für den Besitzer gesprochen werden muß, und endlich die Litisdenunciation, wodurch die künftige Evictionsklage vorbereitet werden soll. Dagegen lassen sich die hierher gehörigen Präjudicialsachen nicht einzeln aufzählen.

---

14) L. 3 C. de interdictis (8, 1); L. 13 C. de rei vind. (3, 32); L. 3 C. finium regundor. (3, 39).

§. 32.
2) Incidentsachen.

I. Der gesetzliche Ausdruck causa oder quaestio incidens [1]) wird, da er in den Gesetzen nicht näher erläutert ist, wie im gemeinen Sprachgebrauche, so auch im Processe oft übermäßig ausgedehnt, indem man jeden bei Gelegenheit eines anhängigen Rechtsstreits unerwartet vorkommenden Streitpunkt darunter versteht, selbst wenn dieser ein wesentlicher Bestandtheil der Hauptsache, und deshalb gar kein juristischer Grund vorhanden wäre, ihn mit einem besondern Namen zu bezeichnen, da in einem solchen Falle nicht von Connexität, sondern von Identität des Streitgegenstandes die Rede ist. Aber selbst wenn man sich auf diejenigen selbständigen Streitpunkte, welche nur zufälligerweise bei einer andern Hauptsache zur Sprache kommen, beschränkt, so kann es allerdings von Interesse sein, den Begriff der Incidentsachen ausdehnen und Streitpunkte dafür erklären zu wollen, welche es bei genauer Betrachtung nicht sind, weil einmal Incidentsachen an den Richter der Hauptsache wenigstens der Regel nach selbst dann gebracht werden können, wenn derselbe an und für sich zu deren Entscheidung nicht competent wäre [2]), und weil ferner für Incidentsachen nicht die Bestimmung in L. 23 D. de judiciis (5, 1) gilt, vielmehr die spätere Entstehung des Incidentstreites kein Hinderniß ist, diesen Streitpunkt in dem schon anhängigen Rechtsstreite mit zu entscheiden.

II. Um dieser beiden Folgen willen ist daher eine richtige Begrenzung der Incidentsachen nothwendig und erheblich; sie ergibt sich aber in Ermangelung bestimmter Gesetze nur durch Abstraction aus einzelnen, darin erwähnten Fällen. Als erster Grundsatz aber ist aufzustellen: nur zwischen denselben Parteien, welche den Hauptproceß mit einander führen, kann in der Regel

---

1) v. Gaisberg, Vorkenntnisse zur Proceßtheorie, §. 129—133. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 178.

2) Cap. 1 X. de except. (2, 25). L. 23 D. cit. Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellationo opus est.

von einer Incidentsache die Rede sein. Dritte Personen, welche in jener Hauptsache nicht Partei sind, brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß ihre Rechte und Pflichten, von welchen bei Gelegenheit jenes Processes die Frage entsteht, als eine Incidentsache behandelt werden, und das wol gar vor einem Richter, welcher an sich für die Sache nicht zuständig wäre [3]). Hiergegen läßt sich auch aus L. 49 pr. D. de judiciis (5, 1) [4]) keine Einwendung entnehmen, denn in dieser Gesetzstelle wird von dem auctor, welcher bei Evictionsprocessen seinem Käufer da assistirt, wo gegen diesen die Vindicationsklage erhoben ist, zwar gesagt, er pflege sich an dasselbe Gericht zu wenden, wo der Evictionsproceß geführt wird; allein dies bezeichnet nur eine accessorische Intervention des Autors, welche von dessen freier Willkür abhängt, und als Intervention nirgend anders geschehen kann, als da, wo der Vindications- oder Evictionsproceß pendent ist. Man kann davon aber keinen Schluß auf solche Fälle machen, wo die Unterwerfung unter das an sich incompetente Gericht freiwillig nicht geschieht, und würde sehr irrigerweise daraus folgern, daß nach erfolgter Eviction die Regreßklage auf Evictionsleistung als eine Art von Incidentsache auch an das nämliche Gericht gebracht werden könne, sollte es gleich für den Verkäufer nicht competent sein. Denn das ist in jener Gesetzstelle nicht gesagt, und widerspricht den allgemeinen Grundsätzen, nach denen die Evictionsleistung als ein neuer selbständiger Proceß zu betrachten ist [5]). Man kann es daher nur als Ausnahme von jenem Erfordernisse passiren lassen, daß dritte Personen in einen Incidentstreit verwickelt werden, und zwar nur für die Fälle, wo sie **berechtigt** sind sich eines zwischen Andern anhängigen Processes anzunehmen und dies **freiwillig** thun, was allerdings gesetzlich in mehren Fällen

3) Sie berufen sich mit Recht auf Tit. tot. C. inter alios acta vel judicata tertio non nocere (7, 60).

4) L. 49 pr. D. de judiciis (5, 1). Venditor ab emptore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis. Quaeritur, an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem et emptorem coepta est, ad suum judicem revocare? Paulus respondit, venditorem emptoris judicem sequi *solere*.

5) L. 2 C. de jurisd. (3, 13). L. 3 C. ubi in rem (3, 19). Cap. 10 X. de foro comp. (2, 2). Siehe §. 45, I.

gestattet ist[6]). Denn dann werden dergleichen Intervenienten nicht gegen ihren Willen, sondern vermöge der Natur der Intervention (Comp. §., 303) vor ein Gericht gezogen, welches an und für sich ihnen vielleicht nichts zu befehlen hätte. Weil aber unter Incidentsachen stets materiell connexe Streitpunkte verstanden werden, mithin präparatorische und präjudicielle Fragen, so kann allerdings der Fall eintreten, daß, wenn eine präjudicielle Frage als Incidentpunkt vorkommt, es hinreicht, wenn nur einer der streitenden Theile bei diesem Incidentpunkte interessirt ist, und daß dieser den Proceß darüber mit einem Dritten führen muß. Allein daraus folgt dann noch nicht, daß die Präjudicialsache, weil sie als Incidentpunkt vorkommt, vor dem Richter der Hauptsache verhandelt werden müsse. Denn in den Gesetzen[7]) ist nur soviel ausgesprochen, daß in solchen Fällen die dependente Hauptsache bis nach Entscheidung der Präjudicialfrage ruhen müsse, keineswegs aber, daß auch diese vor den Richter der Hauptsache gehöre, möchte gleich der Dritte, mit welchem sie durchzuführen ist, dem Richter in der Hauptsache nicht unterworfen sein. Es würde dies sogar allgemeinen Regeln widersprechen.

III. Als ein weiterer, für die Incidentsachen geltender Grundsatz ist der zu betrachten, daß Incidentsachen nur das civilrechtliche Interesse von Privatpersonen betreffen, nicht aber wahre Criminalsachen sein dürfen, und nach Kanonischem Recht[8]), daß eine als Incidentpunkt vorkommende causa spiritualis nicht vor einem weltlichen Gerichte entschieden werden kann. In dem letztern Falle ist die Hauptsache zu suspendiren, und jene Incidentfrage an das allein competente geistliche Gericht zu verweisen, nach dessen Entscheidung dann die Hauptsache, falls sie noch einer Erörterung bedarf, wiederauflebt. Rücksichtlich der als Incidentpunkte vorkommenden Criminalsachen muß man aber die Bestrafung des Verbrechers von der Aufklärung des Verbrechens zum Zweck des Civilprocesses wohl trennen. Denn die letztere kann allerdings

6) Z. B. L. 29 pr. D. de inoffic. testam. (5, 2).

7) L. 42 pr. D. de nox. act. (9, 4).

8) Cap. 1 X. de except. (2, 25). Cap. 1, §. 2, de foro comp. in VI[to] (2, 2). Cap. 5 X. qui filii sint legitimi (4, 17).

auch von einem Gerichte, welches keine Strafgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne hat, vorgenommen werden, wogegen die Bestrafung des Verbrechers an das competente Criminalgericht zu verweisen, und zu dem Ende die Sache dorthin abzugeben ist, weil diese theils ein Gericht, welches mit Strafgerichtsbarkeit betraut ist, theils die Vornahme anderer, an bestimmte Formen gebundener Aufklärungen und Erörterungen voraussetzt, als diejenigen sind, welche vom Civilgerichte vorgenommen werden, um zu beurtheilen, welchen Einfluß das Verbrechen auf den bürgerlichen Rechtsstreit habe. Dagegen kann man auch aus Art. 12 der peinlichen Gerichtsordnung [9]) ein argumentum a contrario nicht herleiten, weil die Civilsachen keine eigenen Formen der Instruction haben — mithin es an Gleichheit der Verhältnisse fehlt, um jenen Schluß zu rechtfertigen —, dann aber, weil der Art. 12 als ein correctorisches Gesetz keine ausdehnende Erklärung leidet; daher alle Criminalbestrafungen selbst dann zur besondern Erörterung verwiesen werden müssen, wenn der Richter der Hauptsache auch Criminaljurisdiction besäße und für den einzelnen Fall dieser Art competent wäre. Selbst in den Fällen einer verwirkten, bloßen polizeilichen und namentlich Disciplinarstrafe muß dieses eigentlich beobachtet werden; in der Praxis dagegen pflegen dergleichen in den Civilentscheidungen häufig mit verhängt zu werden, weil die Civilgerichte gewöhnlich auch die Polizei- und Disciplinarjurisdiction auszuüben haben, und weil dabei keine besondern Forma-

9) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12. Sobald der Angeklagt zu Gefängniß angenommen ist, soll der Ankläger — — mit seinem Leib verwahret werden, biß er genugsam Sicherung gethan hat — —, daß er, wo er die peinliche Rechtfertigung nicht ausführen — — oder sonst in Rechten fällig würde, alsdann den Kosten, so drauff gangen ist, auch dem Beklagten, um sein zugefügte Schmach — Abtrag thun wolle, alles nach Bürgerlicher rechtlicher Erkanntnuß. Und damit derselbig Gefangen Beklagt, seiner erlittenen Kosten — — desto austräglicher Abtrag erlangen möge, so soll zu seinem Gefallen und Willen stehen, den peinlichen Ankläger vor desselben Anklägers ordentlichem Richter oder peinlichem Gericht, dafür sich die gerichtliche Uebung und Rechtfertigung erhalten hat, um solchen Kosten — — Rechtlich fürzunehmen, auch summarie gehandelt und die Urtheil ohne weiter Appellation vollzogen werden, dardurch doch demselbigen peinlichen Gericht außerhalb dieser Fälle, und weiter dann es vorgehabt, kein Bürgerlicher Gerichts-Zwang und Erkandtnuß zuwachsen soll. Vergl. Seuffert, Archiv, IV, 145.

litäten des Proceßverfahrens zu beobachten sind, z. B. bei Bestrafung der Advocaten, die sich Beleidigungen oder ähnliche Disciplinarvergehen erlauben. Allein selbst in solchen Fällen läßt sich das nur dann rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche zum Erkenntniß erforderlich sind, namentlich das Vergehen im Civilverfahren völlig liquid geworden ist; entgegengesetzten Falles würde es zu besonderer Ausführung zu verweisen sein. Aber auch bei solcher gemeinsamen Entscheidung verleugnet die Strafsache ihren Charakter nicht, wie das am besten an den Rechtsmitteln des Bestraften klar wird, welche der Incidentqualität ungeachtet nicht nach den Regeln des Civilprocesses, sondern lediglich nach denen des Strafprocesses zu beurtheilen sind.

IV. Aus dem Allen ergibt sich daher, daß man die Incidentsachen als selbständige Streitgegenstände betrachten muß, welche nicht nothwendig Bestandtheile der Hauptsache sind, allein entweder eine Folgerung aus deren Entscheidung [10]) bilden, oder aber — was am häufigsten der Fall ist — nur auf Veranlassung und zum Zwecke der Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache dabei erörtert werden, und zwar nie vor, sondern meistens während der Verhandlung jener oder an deren Schluß, höchstens zugleich mit derselben, zur Erörterung kommen, auch völlig dritte Personen wider deren Willen nicht betreffen können.

---

10) Z. B. Cap. 3 X. de donat. inter vir. et ux. (4, 20). De prudentia vestra valde miramur, quod, cum vobis causam matrimonii — — commissemus canonice terminandam et vos — — sententiam divortii tulissetis de dote, quam a viro mulier repetebat, quicquam statuere distulistis. Quia igitur secundum jura vos, qui de matrimonio principaliter cognovistis et de dote, quae est causa incidens, accessorie cognoscere valuistis et sententialiter definire, discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus praedictum H. — — cogatis, ut totam dotem restituere non moretur.

Zweite Hauptabtheilung.

Von den Bestimmungen in Ansehung des Subjects eines gerichtlichen Rechtsstreits.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze davon und insbesondere von den Hauptpersonen.

§. 33.

I. Allgemeine Grundsätze.

I. Wendet man sich von dem Gegenstande des bürgerlichen Rechtsstreits nun zu derjenigen Behandlung desselben, welche gerichtlicher Civilproceß genannt wird, so ist dabei sowol das Subject eines solchen, d. h. der Inbegriff derjenigen Personen, welche an einer gerichtlichen Rechtsverfolgung theilnehmen können, als auch die Art und Weise der Behandlung selbst näher zu betrachten. Die Kenntniß des Subjects ist aber — um zunächst hierbei stehen zu bleiben — nothwendig denn da jeder Rechtsstreit aus einer Reihe von Handlungen besteht, welche nicht blos historisch darzustellen, aufzuzählen, sondern insofern zu betrachten sind, als sie Rechte und Pflichten mit sich führen, so muß man vor allen Dingen die einzelnen Personen kennen, welchen lediglich dergleichen Rechte und Pflichten zustehen, bezüglich obliegen können, und zwar um so mehr, je mehr die Handlungen der mehren Personen, welche an dem Verfahren theilnehmen, wesentlich verschieden von einander sind. Man theilt aber diese mehren bei einer gerichtlichen Rechtsverfolgung vorkommenden Personen in Haupt- und Nebenpersonen, insofern die erstern zu einem

Rechtsstreite so unentbehrlich sind, daß ohne deren Zuziehung ein solcher gar nicht existiren würde, während die Betheiligung der letztern für den Rechtsbestand eines Rechtsstreits im Allgemeinen unnöthig oder doch höchstens nur bei den besondern Verhältnissen des einzelnen Falles nothwendig ist, sollte auch das Gericht zu erleichterter Verhandlung deren Theilnahme zu erzwingen berechtigt sein, z. B. die Procuratoren bei Obergerichten.

II. Die Zahl der in einem Rechtsstreite nothwendigerweise thätigen Hauptpersonen ist drei: Kläger, Beklagter und Gericht. Unentbehrlich sind aber diese drei von einander getrennten physischen oder juristischen Personen zu einem Civilrechtsstreit nach gemeinem deutschen Rechte, weil in einem Rechtsstreite das gegenseitige, aber streitige Rechtsverhältniß des Klägers und Beklagten [1]), der streitenden Theile, normirt werden soll, deshalb also zwei Subjecte vorhanden sein müssen, von denen dem einen ein Recht zuerkannt, dem andern eine Pflicht auferlegt, bezüglich nur, daß sie ihm obliege, festgestellt werden soll, die Bestimmungen dieser gegenseitigen Rechte und Pflichten aber nicht von einer der Parteien, sondern nur von einem unbetheiligten Dritten, dem Richter, geschehen kann, wenn es nicht zur Selbsthülfe kommen soll, welche ja gemeinrechtlich verboten und durch den gerichtlichen Rechtsweg, die Verhandlung des streitigen Rechtsverhältnisses vor dem Richter, ersetzt worden ist. Vereinigt können jedoch diese drei Personen weder alle in einer, noch auch zwei davon in einer und derselben physischen oder juristischen Person sein, weil weder der Richter und eine der Parteien [2]), noch auch beide streitende Theile in derselben Person vereinigt sein können, wenn nicht, wie z. B. bei den Theilungsklagen, jede Partei zu gleicher Zeit die Rolle des Klägers und des Beklagten vertritt. Aber auch nicht in derselben juristischen Personeneinheit können die Parteien vereinigt sein; deshalb waren Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Hausvater und Haussohn nach

---

1) L. 62 D. de judiciis (5, 1). Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, Bd. 2, §. 117. Bayer, Civilproceß, §. 18 fg., S. 57 fg.

2) L. un. C. ne quis in sua causa judicet (5, 3).

Römischem Recht [3]) nicht statthaft, ebenso wenig wie zwischen Vormund und Mündel. Im letztern Fall ist dem Mündel ein Curator für den Rechtsstreit zu bestellen, im erstern sind dagegen einige Ausnahmen [4]) gesetzlich dann angenommen, wenn der Gegenstand des Rechtsstreits das peculium castrense des filius familias ist, oder dessen Alimentation, oder die Emancipation der unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder, wofür dem Vater ein Legat ausgesetzt ist, oder die Supplirung des väterlichen Consenses zur Heirath, oder die Dotation der Haustochter. — Endlich können auch nicht mehr als diese drei Hauptpersonen [5]) gleichzeitig bei einem Rechtsstreite thätig sein, wogegen successiv in demselben Rechtsstreite sowol mehre Gerichte thätig werden, als auch mehre Personen als Partei (Comp., §. 302) auftreten können, ja dies sogar gleichzeitig der Fall sein kann, wenn die mehren Personen eine Parteirolle übernehmen; denn in beiden Fällen bilden die mehren Personen stets eine juristische Einheit, wierwol keine Corporation. Es ist dies eine nothwendige Folge der Proceßfunctionen, welche nur in Angriff, Vertheidigung und Entscheidung bestehen. Uebrigens werden Kläger und Beklagter mit dem Namen der streitenden Theile (Parteien) gemeinschaftlich bezeichnet.

§. 34.

II. Insbesondere von den Hauptpersonen, A) den streitenden Theilen.

1) Deren Begriffe.

I. Zwar wird im einzelnen Falle die Frage nicht wol zweifelhaft sein, ob ein bestimmter Theilnehmer an einem Rechtsstreite als Richter oder als Partei darin auftrete; denn die Eigenschaften, Rechte und Pflichten, sowie der Zweck der Thätigkeit dieser beiden

3) L. 16 D. de furtis (47, 2); §. 3 J. de auct. tut. (1, 21).

4) L. 4 D. de judiciis (5, 1). L. 5 pr., §. 7, D. de agnosc. et alend. (25, 3). L. 92 D. de condit. et demonstr. (35, 1). Vergl. auch Cap. 11, X. de sponsalib. (4, 1). Mühlenbruch, Pandektenrecht, Bd. 3, §. 563, Nr. 2.

5) Martin u. Walch, Magazin, II, 149 fg. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 82.

Hauptgattungen des Proceßsubjects sind zu auffallend von einander verschieden, als daß eine solche Ungewißheit gedacht werden könnte. Allein anders verhält es sich mit den beiden Parteirollen unter sich [1]), da diese soviel Aehnliches mit einander haben, daß im einzelnen Falle wol Zweifel darüber obwalten können, wer die eine und wer die andere dieser Rollen übernommen habe, und es sogar einige Gattungen von Rechtsstreitigkeiten [2]) gibt, bei denen es gesetzlich angeordnet ist, daß jeder der beiden streitenden Theile in demselben Rechtsstreite wegen desselben Gegenstandes die Rolle des Klägers und des Beklagten an sich tragen solle. Aber selbst bei diesen Fällen ist es nothwendig, genau zu wissen, wie weit eine jede der Parteien die eine oder andere Rolle zu vertreten habe, wenn dies auch viel wichtiger für die bei weitem größere Anzahl von Streitigkeiten einfacher Art ist, wo jede streitende Partei nur eine der Parteirollen an sich trägt. Denn die Rechtsgleichheit beider Theile vor Gericht hebt die Vorzüge nicht auf, welche unvermeidlich mit der Rolle des Beklagten verbunden sind [3]). Darum kommt es in den gewöhnlichen Fällen allerdings darauf an, die Parteirollen richtig zu vertheilen, und das hängt nicht davon ab, wie die Parteien sich außergerichtlich gegen einander betragen haben, wer z. B. den Andern zuerst zur Rede gestellt, oder wol gar gepfändet hat, sondern, wie die Gesetze [4]) sagen, ist derjenige als Kläger zu betrachten, welcher zuerst gerichtliche Hülfe gesucht hat. Vielfach wird diese Bezeichnung des Klägers allerdings ausreichen, allein kaum in den ge-

---

1) Vergl. auch Linde in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XV, 343 fg.; XVI, 91 fg. Dabei muß jedoch bemerkt werden, daß dasjenige, was dort (S. 351—354) über die Merkmale der Parteien gesagt ist, wörtlich aus Weber's Paraphrase (S. 159—163) abgedruckt und deshalb als dem Verfasser dieser Vorlesungen eigen zu betrachten ist.

2) Es ist dies bei den judiciis duplicibus der Fall, worüber L. 37, §. 1, D. de oblig. et act. (44, 7). L. 13, 14, D. de judic. (5, 1).

3) L. 125 D. de reg. jur. (50, 17). Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. L. 4 i. f. C. de edendo (2, 1). Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.

4) L. 13, 14, D. de judiciis (5, 1). Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset. — — Sed cum ambo ad judicium provocant, sorte res decerni solet.

wöhnlichsten Fällen eine völlig sichere Beurtheilung gewähren. Denn es gibt einmal mancherlei vorbereitende gerichtliche Schritte, z. B. die Provocationen auf Klagerhebung und andere einseitige Anträge bei Gericht, wodurch der Hauptproceß veranlaßt oder doch für denselben Vorbereitungen getroffen werden sollen, von denen dann nicht aus der Priorität der Zeit eines solchen gerichtlichen Antrags auf die Rolle des Klägers oder Beklagten im Hauptprocesse geschlossen werden kann, indem vielmehr der demnächstige Beklagte im Hauptprocesse sehr häufig solche Schritte thut, um in der Hauptsache verklagt zu werden. Dazu kommt aber noch, daß nicht einmal jede Partei, selbst in den gewöhnlichen Fällen, im Stande ist, je nach Gutdünken die Rolle des Klägers zu übernehmen, weil es ihr an den dazu nöthigen Voraussetzungen fehlt. Sodann ist es aber ebenso unsicher, aus der Form der Parteivorträge auf die Parteirolle schließen zu wollen, weil die Form der Klage mit der der Einreden viel Aehnliches hat [5]), noch mehr aber weil die Parteien, welche sich an das Gericht wenden, nicht immer diejenige Form der Vorträge wählen, welche die richtige ist, indem z. B. der Beklagte eine positive Verurtheilung des Klägers bei seinen Einreden fordert, während er nur eine Freisprechung vom Klaganspruche fordern kann, und das Gericht [6]) nun vermöge seines Amtes die ungeschickt abgefaßten Parteivorträge so beurtheilen muß, wie es der richtigen Theorie angemessen ist.

II. Am sichersten ist daher das Kennzeichen für die Parteirollen, soweit es sich um einfache Fälle und nicht um die judicia duplicia handelt, daß jeder Kläger den physischen oder juristischen Besitz des Streitobjects, bezüglich den Genuß des streitigen Rechts entbehrt, und diesen erst durch die richterliche Hülfe zu erlangen strebt [7]), wogegen der Beklagte nur dasjenige behalten will, was er hat, und in dem ruhigen Genusse desselben durch

---

5) L. 1 D. de except. (44, 1). Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

6) L. un. C. ut quae desunt (2, 11). Cap. 6 X. de judic. (2, 1).

7) Vergl. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 687. Unterholzner, Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, I, 201 fg. Marezoll, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, X, 219 fg.

richterliche Hülfe gegen die Ansprüche des Klägers und dessen Störungen geschützt sein will. Allein ganz durchgreifend ist auch dieses Kennzeichen nicht, denn es gibt einige Klagen, bei welchen der Kläger nur scheint behalten zu wollen, was er noch vollständig in Händen hat, und wo er sich nur von der Verbindlichkeit losmachen will, etwas von seinem Besitze aufzugeben, wozu er nach strengem Rechte verbunden wäre, z. B. bei der Klage auf Rescission eines noch nicht erfüllten Kaufvertrags wegen Verletzung über die Hälfte, und ebenso bei den meisten Restitutionsgesuchen. Es erklären sich zwar dergleichen Fälle meistens aus dem gesetzlichen Gesichtspunkte [8]), daß dasjenige als wirklich verloren zu betrachten sei, zu dessen Leistung man nach strengem Rechte verpflichtet ist; allein eine solche Subtilität ist nicht immer sogleich einleuchtend, daher sind folgende Kennzeichen für die Parteirolle des Klägers sicherer und deshalb wohl zu beachten. A) Der Kläger darf sich damit nicht begnügen, zu behaupten und auszuführen, daß es seinem Gegner an allem Rechte für den Besitz oder die Handlungsweise, die er sich erlaubt, mangele, vielmehr muß derselbe sein eigenes actives Recht am streitigen Rechtsverhältnisse behaupten und dies zu entwickeln im Stande sein [9]). Daher gründet sich die Negatorienklage nicht auf den Mangel einer Servitut von Seiten des Beklagten, sondern auf das Eigenthum des Klägers an dem vermeintlich dienenden Grundstücke. Es folgt aber hieraus auch, daß es keine eigentlichen Nullitätsklagen gibt, daß vielmehr auch diese Klagen sich auf irgend ein positives Recht des Klägers stützen, wenn sie vielleicht auch überflüssigerweise durch eine anticipirte Replik die Behauptung enthalten, ein Rechtsgeschäft, worauf der Beklagte sich berufe, sei juristisch nicht vorhanden, also ohne Weiteres nichtig. Auch gibt es in Ansehung der persönlichen Ansprüche gar keine Klage, welche dahin ginge, daß dem Kläger eine bestimmte Verbindlichkeit nicht obliege, sobald er nicht zu gleicher Zeit ein

---

8) L. 143 D. de verbor. signif. (50, 16). Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; *habetur enim quod peti potest.*

9) L. ult. C. de rei vind. (3, 32). Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur. L. 3, §. 1, D. de pignor. (20, 1).

positives Recht am Gegenstande des Rechtsstreits behaupten kann, z. B. bei der condictio sine causa oder indebiti, wo es nicht genügt, die Ungültigkeit einer gewissen Zahlung zu behaupten, wenn nicht zugleich gezeigt werden kann, der Kläger sei berechtigt die Rückzahlung des Gezahlten zu begehren. Daneben muß aber B) der Kläger stets behaupten, daß er in diesem seinen positiven Rechte, im Genusse oder der Ausübung desselben, bei Einleitung des Rechtsstreits durch den Gegner, den er in Anspruch nimmt, verletzt worden sei, oder gehindert werde, mag dies dadurch geschehen, daß dieser das behauptete Recht des Klägers nicht anerkennen will, was z. B. bei der in integrum restitutio oft der Fall ist, ohne daß eine andere Läsion behauptet werden könnte, oder mag es dadurch erfolgen, daß durch das Betragen des Beklagten, sein Thun oder Lassen, die Befugniß des Klägers nicht respectirt oder sonst ein Hinderniß der Ausübung des Rechts desselben entgegengesetzt wird; denn ohne jede solche Hinderung würde es an einem Gegner fehlen und des Richters Schutz völlig überflüssig sein. Deshalb wird denn auch in jeder Klagschrift die sogenannte clausula monitoria (Comp., §. 145, Note d) in allen solchen Fällen, wo sich das Unrecht des Beklagten nicht von selbst aus seinem Benehmen ergibt, verlangt. Aber auch dann, wenn der Beklagte nach erhobener Klage gerichtlich sich weigert, die Ansprüche des Klägers anzuerkennen, liegt hierin ein genügender Klaggrund, so daß es nicht erst einer vorhergegangenen Aufforderung zu rechtmäßigem Betragen bedarf; wogegen, wenn eine erst nach erhobenem Rechtsstreite, mithin später entstandene Hinderung des verfolgten Rechts in Frage kommt [10]), diese nicht den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits bilden kann, sondern gesondert zu verhandeln ist. Endlich aber muß C) der Zweck jedes Klägers dahin gehen, durch die gerichtliche Hülfe auszuwirken, daß die Rechtskränkung oder Hinderung, welche dem

---

10) L. 23 D. de judiciis (5, 1). Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est. L. 14, §. 2 et 4, D. de aqua et aquae pluv. arc. act. (39, 3); §. 2: In hoc judicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, cum reliquis fere omnibus judiciis praeteritum; §. 4: De eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo judicio agendum.

Beklagten zur Last fällt, theils gehoben, theils wieder gut gemacht werde; jenes, wenn eine Nachholung der zu erfüllenden Verbindlichkeit möglich ist, dieses, wenn Schadenersatz für die zugefügte Verletzung gefordert, oder allenfalls Wiederaufhebung eines nach strengem Rechte gültigen, aber die Billigkeit verletzenden Vertrags verlangt wird, um auf solche Weise den erlittenen Schaden wieder vergütet zu bekommen. — Es läßt sich also im Resultate jeder Kläger daran erkennen, daß er durch die Proceßführung eine für ihn vortheilhafte Veränderung seines Rechtsverhältnisses zum Beklagten in Ansehung des Streitobjects vermöge eigener vollkommener Befugnisse bewirken will, und zu dem Ende gerichtliche Hülfe sucht, mag die bezweckte Veränderung den eigentlichen Rechtszustand oder nur factische Verhältnisse betreffen, — welches Letztere bei allen Besitzstreitigkeiten der Fall ist.

III. Die Parteirolle des **Beklagten** ist dagegen durch folgende Kennzeichen charakterisirt. A) der Beklagte braucht sich nicht auf ein eigenes vollkommenes Recht in Bezug auf den Streitgegenstand zu stützen, um den Proceß zu gewinnen, vielmehr genügt es für ihn, wenn der Kläger nur nicht im Stande ist sein positives Recht in Bezug auf das streitige Rechtsverhältniß nachzuweisen. Er vertheidigt sich daher unter Umständen schon genug durch bloßes Leugnen der Berechtigung des Klägers. Könnte dieses aber gewissenhafterweise nicht geschehen, oder müßte er befürchten, daß der Kläger im Stande wäre sein behauptetes Recht genügend darzuthun, woraus dann die Widerrechtlichkeit der eigenen Weigerung ohne Weiteres folgen würde, dann ist er verbunden seine Weigerung zu rechtfertigen, indem er entweder behauptet, es stehe ihm ein gleiches, wol gar ein stärkeres Recht am Streitgegenstande zu, oder wenigstens, das ursprüngliche Recht des Klägers sei erloschen [11]). Beiderlei Arten von Behauptungen eines

---

11) L. 25, §. 2, D. ad leg. Aquil. (9, 2). In confitentes nullae sunt partes judicantis. L. 9 C. de except. (8, 36). Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis; nulla defensio tibi necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, quum intentionem suam — petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. — L. 4 i. f. C. de edendo. (2, 1).

Beklagten bilden den Stoff zu den wahrhaften Einreden, namentlich den peremtorischen, welche eben darum, insofern von der processualischen Behandlung beider die Rede ist, so große Aehnlichkeit mit den Klagen haben. — Hiernächst aber gründet B) der Beklagte seine Vertheidigung nicht nothwendigerweise auf eine bereits außergerichtlich vom Kläger erlittene Rechtskränkung oder Verletzung, was nur bei einigen wenigen Einreden, z. B. der des Spolium und des eigentlichen Dolus vorkommt, sondern auf die Befürchtung dadurch an seinem Rechte gekränkt zu werden, daß er den gegenwärtigen Rechtsstreit verlöre und dann angehalten würde etwas zu leisten, wozu er eigentlich nicht verbunden wäre. Es ist also bei ihm nur von einer künftigen Verletzung die Rede, welche ihm durch das gerichtliche Verfahren droht und die er abzuwenden sucht, indem er die Ansprüche des Klägers ganz bestreitet, oder sie blos zu einem Theile als unbegründet ansieht. — Hieraus folgt dann endlich C), daß der Beklagte keinen andern Zweck hat, als das Gericht zu bewegen ihn nicht zu verurtheilen, vielmehr dem Kläger die gesuchte Rechtshülfe zu verweigern, wodurch dann natürlich der bisherige Rechtszustand zwischen den Parteien, soweit er sich auf das streitige Rechtsverhältniß bezieht, lediglich aufrecht erhalten werden soll. Sollte dagegen der Beklagte im einzelnen Falle Gründe haben zu verlangen, daß der Kläger zu seinem, des Beklagten, Gunsten verurtheilt werde, z. B. den Ueberschuß zu bezahlen, welcher bei der Compensationseinrede nach getilgter Hauptschuld sich ergibt, dann muß derselbe neben seiner Rolle als Beklagter auch die des Klägers mit übernehmen, und eine förmliche Widerklage gegen den Kläger mit seiner Rechtsvertheidigung verbinden.

IV. Alle diese Unterschiede zwischen den beiden Parteien passen vollkommen auch auf die judicia duplicia, namentlich die Theilungsklagen [12]), insofern bei diesen von dem angeblichen Mitinteressenten die Theilungspflicht bestritten oder doch behauptet wird, daß sein Gegner einen unrichtigen Maßstab für die Theilung bei der Auseinandersetzung angewendet wissen wolle. Sobald dagegen unter allen Interessenten einer Theilungsklage diese

12) L. 10 D. finium regund. (10, 1). L. 2, 3, D. famil. hercisc. (10, 2).

Punkte unbestritten sind, so daß es nur darauf ankommt einen anerkannt gemeinschaftlichen Gegenstand nach den Grundsätzen unter die Interessenten zu vertheilen, welche diese als richtig anerkennen, dann entsteht allerdings einige Anomalie. Denn in einem solchen Falle, wo kein Streit zwischen den Parteien vorhanden ist, soll die Form des processualischen Verfahrens nur dazu dienen, die Theilung selbst vorzunehmen. Es werden daher auch ohne Widerklage beide Parteien verurtheilt, einander gegenseitig das zu leisten, was die Gemeinschaft mit sich bringt, wenn sie getheilt werden soll, z. B. bei einer Erbauseinandersetzung die Conferenda; jedem der Interessenten steht ein vollkommenes Recht an der gemeinschaftlichen Sache zu, weil sonst nicht jeder als Kläger und auch als Beklagter betrachtet werden könnte; der Zweck eines jeden der Interessenten ist darauf gerichtet, ihr bisheriges Verhältniß zu einander, soweit es in der Gemeinschaft besteht, durch deren Aufhebung zu verändern, und es bedarf deshalb auch von keiner Seite der Behauptung, daß bereits außergerichtlich einer von ihnen in seinem Rechte gekränkt worden sei.

V. In demselben Rechtsstreite tritt aber öfters nicht blos ein Kläger und ein Beklagter, sondern eine Mehrzahl von Personen als Partei auf, sei es nun daß die mehren Personen sich zu einer Rolle der einen oder andern Partei vereinigt haben, wo man sie dann Litisconsorten zu nennen pflegt, oder sei es daß dritte Personen an einem zwischen Andern geführten Rechtsstreite auf solche Weise theilnehmen, sich dabei einmischen, daß sie nicht zu den Gerichtspersonen, sondern zu den Parteien gerechnet, deshalb aber mit einem besondern Namen bezeichnet werden. Hierher sind die Intervenienten, bei denen man wieder zwei Gattungen: principale und accessorische (§. 303) unterscheidet, ferner die Litisdenunciaten (§. 307) und die Adcitaten (§. 306) zu rechnen. Allein auch in Fällen dieser Art, wo mehre solche Nicht-Litisconsorten scheinbar als besondere Partei vorkommen, wird doch die Zahl der Parteirollen nicht vermehrt, es bleiben deren vielmehr nur zwei, die des Klägers und des Beklagten. Denn was zunächst die Litisdenunciaten betrifft, so nehmen diese, sobald von ihnen weiter nichts geschieht, als daß sie die Streitverkündigung in Empfang nehmen, gar keinen Theil an der Verhandlung des Rechtsstreits, und werden deshalb auch

nicht Partei in demselben. Die Streitverkündigung selbst ist ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der zu den processualischen Handlungen gar nicht zu zählen ist, vielmehr auch außergerichtlich mit vollständigem Erfolge geschehen kann. Sollte aber der Litisdenunciat auf die ihm geschehene Streitverkündigung hin sich bewogen finden, dem Litisdenuncianten in der Hauptsache beizustehen, so ist er als Intervenient zu betrachten und nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Ebenso verhält es sich mit den Adcitaten, welche das Gericht selbst zu einem Rechtsstreite zwischen Dritten zugezogen hat, wenn sie sich dadurch bestimmen lassen an der Verhandlung dieses Rechtsstreits theilzunehmen, mithin der Adcitation Folge zu leisten, da sie nichts Anderes sind als eine Art von Intervenienten, die nur nicht aus eigenem Antriebe sich bei dem Rechtsstreite betheiligt haben. Sollten dagegen die Adcitaten, wozu sie nach gemeinem Rechte vollständig befugt sein würden, dem Gerichte das Recht streitig machen, sie gegen den Willen der Partei zur Theilnahme an einem Rechtsstreite heranzuziehen, so würden die dadurch hervorgerufenen Verhandlungen einen Streit zwischen dem Gerichte und dem Adcitaten, nicht aber zwischen diesen und den bisherigen Parteien im Processe herbeiführen. — Es bleibt daher nur noch die Frage zu erörtern, inwiefern die Intervenienten, mögen sie freiwillige oder herbeigezogene sein, als eine besondere Gattung der Parteien zu betrachten sind. Dabei muß man wesentlich unterscheiden, ob die Intervenienten principale oder accessorische sind. Die principalen Intervenienten, d. h. solche dritte, in einen Rechtsstreit sich einmischenden Personen, welche durch die Intervention ihr eigenes, selbständiges Recht, welches von demjenigen der Parteien völlig getrennt ist, gerichtlich verfolgen, indem sie besorgen, daß dieses durch den schon zwischen Dritten vorhandenen Rechtsstreit, insbesondere durch dessen Ausgang gehindert oder beeinträchtigt werde, veranlassen immer einen eigenen neuen Rechtsstreit, welcher von dem frühern völlig getrennt werden muß, und diesen entweder sistirt, oder wenn beide neben einander verhandelt und entschieden werden können, denselben doch wenigstens in der Executionsinstanz hemmt. Die Parteirollen aber, welche im ältern Processe vorhanden waren, verändern sich in Bezug auf den Interventionsproceß durchaus. Denn entweder werden

beide ältere streitende Theile, der Kläger und der Beklagte, im Interventionsproceß gemeinschaftlich Beklagte, insofern sie beide sich dem Intervenienten entgegenstellen, oder es wird wenigstens der Kläger im bisherigen Processe, sobald der frühere Beklagte die Ansprüche des Intervenienten unbedingt einräumt, im Interventionsprocesse die Rolle des Beklagten übernehmen. Die accessorischen Intervenienten dagegen, worunter man solche dritte, in einen fremden Rechtsstreit sich einmischende Personen versteht, welche dabei nur den Zweck haben einer Partei zu assistiren, weil auch sie mittelbar dabei interessirt sind, daß diese Partei den Proceß gewinne, z. B. der Auctor, welcher für die Eviction haftet, bilden keine neue, von der bisherigen verschiedene Partei, sondern gehören mit zu den Streitgenossen dessen, dem sie beistehen wollen, und müssen daher dessen frühere Rolle in der Lage mit übernehmen, in welcher dieselbe sich zur Zeit der Intervention gerade befindet. — Aus dem nur Entwickelten ergibt sich aber, daß jeder Rechtsstreit nur ein gerichtlicher Zweikampf [13]) ist, d. h. ein Streit zwischen zwei Parteien, welche selbst zwar im einzelnen Falle aus mehren Subjecten bestehen können, deren jede aber nur Kläger oder Beklagter sein kann, so daß dabei eine dritte Parteirolle undenkbar ist. Es wird dies nicht allein durch ausdrückliche Gesetzstellen, welche nirgend von mehr als zwei Parteien reden, anerkannt, sondern es stimmt dies auch mit dem ganzen Sinne und Zwecke der Proceßführung überhaupt überein, indem dieser kein anderer ist, als durch das Gericht Rechte und Pflichten bestimmter Personen festsetzen zu lassen, wobei dann immer die eine der Berechtigte, die andere der Verpflichtete sein muß, eine dritte Gattung aber als relevant nicht gedacht werden kann.

VI. Da nun aber, wie eben gezeigt wurde, die Parteirolle des Berechtigten ebenso wie des Verpflichteten durch eine Mehrzahl von Personen gebildet werden kann, so ist es wichtig, ja nothwendig, das Verhältniß dieser Mehren theils unter sich, theils zu ihrem Gegner bezüglich ihren Gegnern genauer zu bestimmen,

---

13) Martin u. Walch, Magazin für bürgerlichen Proceß, S. 149 fg. L. 62 D. de judic. (5, 1). Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor alter possessor est.

und darin besteht die Lehre von der Streitgenossenschaft[14]). Schon die römisch-rechtliche Bezeichnung der Streitgenossen, litis consortes, deutet etymologisch genommen darauf hin, daß darunter Alle begriffen sind, denen una (eadem) sors litis[15]) zu Theil wird, und dieses ist das wesentlichste Kennzeichen einer solchen Personeneinheit. Wollte man nun aber, mit alleiniger Rücksicht auf den Ausgang und die Folgen des Rechtsstreits, auch diejenigen Personen darunter verstehen, welche von jenen Folgen zwar getroffen werden, gleichwol an der Führung des Rechtsstreits, an dessen gerichtlicher Verhandlung, gar keinen Antheil genommen haben, so würde das dem römischen Ausdrucke „lis"[16]) nicht entsprechen, welcher wirkliche Betheiligung an der Streitverhandlung fordert, aber auch mit dem Endurtheile, ohne dessen Execution zu umfassen, seine Begrenzung erlangt. Streitgenossen müssen daher in der That mitprocessiren, können aber auch solche Interessenten des streitigen Rechtsverhältnisses sein, gegen welche eine Execution des Endurtheils in der Hauptsache, abgesehen von den Proceßkosten, nicht vollzogen werden kann, z. B. der Auctor des Käufers, welchem der Streit verkündigt worden ist, da er nicht mehr im Besitze der verkauften und tradirten, nun aber vindicirten Sache sich befindet. Der Ausgang dieses Rechtsstreits trifft aber Mehre nach der Natur der Sache unmittelbar, wenn die mehren Personen sich in einer Gemeinschaft desselben streitigen Rechtsverhältnisses, einer Gemeinschaft der Rechte und Pflichten dergestalt befinden, daß eine und dieselbe

14) Martin im Magazin, I, 11—62; II, 170—256; III, 346—400. Gesterding, Nachforschungen, II, 371 fg. Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, I, 185. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, I, 139 fg. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XV, 358. Planck, Mehrheit der Rechtsstreite, §. 16, 18, 49, S. 425 fg., 556. Bayer, Civilproceß, §. 37 fg. — Linde, in der Zeitschrift, a. a. O., Planck, a. a. O., besonders S. 426 fg., Bayer, a. a. O., leugnen die Bedeutung des Begriffs der Streitgenossenschaft, und lassen diese Lehre in der allgemeinen der subjectiven Klagenhäufung aufgehen.

15) Dirksen, Manuale latinitat. s. v. „consors": aequali sorti subjecti.

16) L. un. C. de litiscontest. (3, 9); vergl. mit L. 3 C. de edendo (2, 1). Martin, a. a. O., I, 21.

Klage allen den Mehren zusteht oder gegen alle gebraucht werden kann. Hierin liegt denn auch die Grenzscheide[17]) gegen die subjective Klagenhäufung, indem bei dieser die mehren Klagen nur ähnliche nicht aber identische sind. Andererseits kann auch mittelbarerweise der Ausgang eines Rechtsstreits manche Personen betreffen, welche nicht in einer solchen Gemeinschaft der Rechte und Pflichten, die Gegenstand des Rechtsstreits geworden sind, mit den eigentlich Betheiligten stehen, entweder, weil die zum Nachtheile des Beklagten erfolgte Entscheidung des obschwebenden Rechtsstreits einen solchen Dritten, der darin nicht Partei war, eine Regreßklage befürchten lassen muß, oder weil die zwischen den Hauptparteien stattgehabte Rechtsentscheidung Schaden oder Gewinn ausnahmsweise einem solchen Dritten, selbst wenn er an jenem Processe keinen Antheil genommen hat, unvermeidlich zuziehen wird. Deshalb reden die Gesetze[18]) in ausdrücklichen Beispielen von solchen Fällen, wo Jemand, obgleich er nur ein mittelbares Interesse am Processe hat, doch zu dessen Wahrnehmung die Befugniß bekommen hat, sich des fremden Processes anzunehmen und darin als Theilnehmer (socius) aufzutreten. Es scheint aber dabei eine natürliche Voraussetzung, daß dergleichen Personen an der Verhandlung des Rechtsstreits entweder wirklich Theil genommen haben, oder von dessen Führung doch wenigstens unterrichtet waren. Um aber zu erklären, daß selbst nach Römi-

---

17) Den freiwillig zusammengetretenen Streitgenossen steht die exceptio der subjectiven Klagenhäufung nicht zu. Seuffert, Archiv, Bd. 1, Nr. 366.

18) L. 63 D. de re judicata (42, 1). Saepe constitutum est res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet. — — Scientibus sententia, quae inter alios data eat, obeat, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae. L. 29, pr. D. de inofficioso teatam. (5, 2). Si suscepta colluaio sit legatariis inter scriptoa heredes et eum, qui de inofficioso teatamento agit, adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri, constitutum est, eisdemque permiasum est, etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit. Nov. 112, cap. 1. Cap. 2 ut lite pendente in VI^{to} Sane, si ad defensionem ipsius litis aliqui, quorum intererat, petierint ae admitti, eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos.

schem Rechte auch solche accessorische Intervenienten, gegen welche die Execution nicht vollstreckt werden kann, z. B. der Auctor des verklagten Besitzers im Evictionsprocesse, dennoch Streitgenossen sein können, darf man bei Entwickelung des Begriffes der Streitgenossen nicht übersehen, daß der römische Civilproceß mit dem Endurtheile endigte, die Executionsinstanz nicht mit in sich begriff[19]). — Dies vorausgeschickt, sind Streitgenossen mehre einzelne Personen, welche befugterweise denselben gemeinschaftlichen nächsten Zweck in dem nämlichen Rechtsstreite als einerlei Partei zu erreichen streben. Sollte es dagegen Jemand an allem rechtlichen Interesse beim Ausgange eines Rechtsstreits fehlen, so ist dessen Einmischung in diesen ganz unzulässig, da nicht nur das Kennzeichen der Litisconsorten, das Interesse am Ausgange des Rechtsstreits, fehlt, sondern auch eine solche Einmischung gegen die allgemeine Grundregel verstoßen würde: De suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet[20]).

VII. So oft nun aber bei mehren Subjecten das eine oder andere vorerwähnte Interesse am Ausgange eines und desselben Rechtsstreits vorhanden ist, haben die Gesetze die vereinte Proceßführung umsomehr zugelassen, als dadurch die Zahl der Rechtsstreitigkeiten vermindert wird, was dem Staate stets erwünscht ist, und selbst die Entscheidung der mehren zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten vereinfacht werden kann, wie das namentlich bei den Regreßklagen der Fall ist. Daher hat es das gemeine Recht dergleichen Mitbetheiligten nicht nur erlaubt, sich zu einer gemeinsamen Führung eines solchen Rechtsstreits von Anfang an als Kläger oder Beklagte zu vereinigen, sondern das Deutsche Recht[21]) hat sogar in einem Falle die hypothetische Pflicht ausgesprochen, daß mehre zu verklagende Mitbetheiligte dann, wenn der Kläger es vorgezogen hat, sie alle durch eine und dieselbe Klage zu belangen, entweder als Streitgenossen, in einer einzigen Parteirolle,

---

19) Puchta, Institutionen, Bd. 2, §. 175, S. 185 a. E., 188, 208 fg. Vergl. §. 261, Note b des Comp., und dazu C. G. Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtembergischen Privatrecht, Heft 2, S. 14 fg.

20) L. 5 pr. D. si ususfr. petatur (7, 6).

21) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 23, 24. Martin, Magazin, S. 32, 48 fg., 174.

als Beklagte, den Rechtsstreit zu führen, oder aber die Einzelnen, welche dies nicht wollen, den Kläger zu ihrem Antheile zu befriedigen schuldig sind. Einen ähnlichen und weiter ausgedehnten Zwang aber als den nur beschriebenen kennen die Gesetze namentlich nicht in Ansehung derjenigen Personen, welche nur ein mittelbares Interesse an einem solchen Processe haben, und aus diesem Grunde ist die Eintheilung der Litisconsorten in freiwillige und gezwungene nur von jenem unbedeutenden Umfange. Eine andere Eintheilung[22]), welche in der neuern Zeit von den Streitgenossen wol gebraucht worden ist, in eigentliche und uneigentliche Streitgenossenschaft, ist von noch geringerer Bedeutung. Unter der erstern versteht man die Fälle, wo die Streitgenossen unmittelbar bei dem Ausgange der Sache interessirt sind, unter der letztern, wo blos ein mittelbares Interesse vorhanden ist. Allein bei der Behandlung beider Fälle ist kein Unterschied, indem der ganze processualische Gang bei jeder Streitgenossenschaft derselbe ist, sie mag veranlaßt sein, wodurch sie will.

VIII. Eine Hauptfrage bei der Lehre von der Streitgenossenschaft ist aber die: ob die mehren in einem Rechtsstreite auftretenden Litisconsorten als juristische Person, als Corporation, zu betrachten seien, oder ob sie nicht vielmehr eine bloße Gesellschaft bilden. In der ältern Zeit[23]) hat man die erste Meinung oft vertheidigt und bei der processualischen Behandlung der Streitgenossen Schlüsse von der Behandlung der Corporationen auf die der Streitgenossen gemacht, jedoch irrigerweise, wie sich vorzüglich aus den Folgen ergibt, welche ausdrückliche Gesetze an die Streitgenossenschaft geknüpft haben. Denn die Gesetze[24]) billigen es,

---

22) Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 157.

23) Danz, Grundsätze des ordentl. Processes, §. 40, S. 118, 194, Note b. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 16, 105, Note m.

24) L. 11, §. 2, D. de jurisdict. (2, 1). Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae — — utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus qui cognoscit — — an potius tota res? quia et tota res in judicium venit et vel uni adjudicari potest, quod et Cassio et Pegaso placet et sane eorum sententia probabilior. L. 1 C. de consort. (3, 40) — — agendi vel respondendi jurgantibus licentia pro parte pandatur. L. 1 C. si plures una sentent. (7, 55). Si non singuli in solidum, sed generaliter, tu et

daß ein von Streitgenossen geführter Proceß in manchen seiner einzelnen Wendungen als ein völlig getheilter Rechtsstreit behandelt werde, was doch bei einer Corporation sich nicht denken lassen würde; so soll z. B. ein Streitgenosse wegen seiner Minderjährigkeit Restitution in einem solchen Processe bekommen können, welche den majorennen Streitgenossen nicht zu Statten kommen würde; ferner soll die Verurtheilung der Streitgenossen jeden nur zu seinem Antheil treffen, sobald nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, daß sie solidarisch für einander haften, und endlich kann der Eine appelliren, während sich die Uebrigen bei dem Urtheile beruhigen, was Alles unzulässig erscheinen müßte, wenn die Streitgenossen als Corporation zu betrachten wären. Es kommt hinzu[25]), daß es nach den Gesetzen jedem Streitgenossen gestattet ist, auf seine Rate zu klagen, wie andererseits der Kläger jeden der Streitgenossen auf dessen Antheil belangen kann, was ebenfalls nicht der Fall sein könnte, wenn die Streitgenossen als Corporation zu betrachten wären, da dann die Corporation das einzige berechtigte bezüglich verpflichtete Subject rücksichtlich des ganzen Streitgegenstandes wäre. Endlich ist aber nicht unerwähnt zu lassen, daß in sehr vielen Fällen ein völlig getrenntes Eigenthums- oder sonstiges Rechtsverhältniß in Bezug auf den Streitgegenstand zwischen Streitgenossen stattfinden kann, und es an allem Grunde fehlen würde dieses Verhältniß dadurch als aufgehoben zu betrachten, daß die mehren Berechtigten oder Verpflichteten als Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Proceß zu führen haben. Richtiger ist dagegen die neuere Ansicht, daß die Streitgenossenschaft als eine Art partieller Societät[26]) zu betrachten ist, welche, wie das bei Gesellschaften gestattet ist[27]), auch stillschweigend,

---

collega tuus, una et certa quantitate condemnati estis, nec additum est „ut quod ab altero servari non posset id alter suppleret" effectus sententiae pro virilibus portionibus discretus est. L. 2 i f. C. si unus ex plur. (7, 68).

25) Tit. tot. C. de consortib. ejusd. lit. (3, 30). Seuffert, Archiv, IX, Nr. 258.

26) Anderer Meinung sind Linde, Lehrbuch, §. 109, Note 4; Brackenhöft, Erörter., S. 280, 284; Schmid, Handbuch, §. 60.

27) L. 4 pr. D. pro socio (17, 2). Mühlenbruch, Pandekten, Bd. 2, §. 417.

durch concludente Handlungen, eingegangen sein kann, aber den gemeinschaftlichen Zweck hat, das streitige Rechtsverhältniß durch eine vereinigte Parteirolle gerichtlich zu verfolgen und zu diesem Zwecke die erforderlichen Mittel, soweit sie in eines Jeden Kräften stehen, der einzelne Theilnehmer auch bei dem Streitobject interessirt ist, solange beizutragen, als diese Societät noch fortgesetzt wird. Dieses Letztere hängt von der Willkür der Streitgenossen, wie bei allen auf unbestimmte Zeit eingegangene Societäten ab, wenn auch der Gegner berechtigt ist zu verlangen, daß der bisherige Streitgenosse, welcher ausscheiden will, wie das von allen Litisrenuncianten (§. 320) gilt, sich allen denjenigen Folgen unterwerfe, welche ihn treffen würden, wenn er den Proceß aufgegeben oder verloren hätte. Die Streitgenossenschaft ändert also nichts an demjenigen Rechtsverhältnisse, welches vor begonnenem Rechtsstreite sowol zwischen den einzelnen Streitgenossen als auch in Bezug auf ihren Gegner obwaltete, sie ist vielmehr nur eine Form, in welcher die mehren bei einem und demselben Streitobjecte Betheiligten über dasselbe einen Rechtsstreit führen können, eine Form, deren Beobachtung in der Regel von der Proceßpolitik abhängt, den einzigen Fall ausgenommen, wo mit einer einzigen Klage mehre Betheiligte verklagt werden, da für diesen das Deutsche Recht an die Stelle der Willkür, wie bereits (S. 226) ausgeführt worden ist, den Zwang gesetzt hat. — Aus dieser Ansicht von der Natur der Streitgenossenschaft folgt aber auch, daß bei jedem einzelnen Streitgenossen sich alle diejenigen Eigenschaften finden müssen, welche überhaupt an dem Kläger oder Beklagten vorausgesetzt werden.

§. 35.

2) Deren Erfordernisse.

a) Befugniß der gerichtlichen Rechtsverfolgung.

I. Ein nothwendiges Erforderniß jeder in einem Civilprocesse auftretenden streitenden Person ist nicht nur die **Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung** überhaupt (legitima persona standi in judicio), sondern auch die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung des jetzt streitigen Gegenstandes insbeson-

dere, Legitimation zur Sache. Durch jene erstere Befugniß wird aber nicht etwa die Erlaubniß bezeichnet, gerichtliche Vorträge zu halten (jus postulandi)[1]), welche mitunter damit verwechselt wird, während doch diese Erlaubniß theils mehr beengt theils aber auch mehr erweitert ist, weil dabei Alles auf die Fähigkeit sachgemäße Vorträge zu halten, nicht aber auf das Rechtsverhältniß zum Streitobject ankommt, mithin manche Person uneingeschränkt zu postuliren befugt ist — z. B. ein minderjähriger Advocat —, welche, wenn sie selbst Partei wäre, wol ohne Assistenz ihres Curators oder Hausvaters nicht würde processiren dürfen, sowie umgekehrt ein volljähriges Frauenzimmer gültig als Partei auch ohne Geschlechtsvormund, z. B. im Auslande, auftritt, während sie dessen zu Hause stets bei persönlichem Erscheinen vor Gericht und bei den dort zu haltenden Vorträgen bedürfen würde. Es kann daher die Partei des Rechts selbst Vorträge (für sich oder Andere) bei Gericht zu halten ganz entbehren, ohne darum aufzuhören Partei zu sein, während dagegen das jus postulandi allein nicht genügt, um für sich selbst als Partei in einem Processe auftreten zu können oder zu dürfen. Es ist dasselbe daher auch gar nicht zu den Erfordernissen einer Partei im Civilprocesse zu rechnen.

II. Mit der Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung[2]) [persona standi[3]) in judicio] bezeichnet man richtiger nur die Befugniß einen bürgerlichen Rechtsstreit als Partei vor dem Gericht eines bestimmten Landes führen zu dürfen und betrachtet dazu folgende Voraussetzungen als nothwendig: 1) Es muß die Person, welche diese Befugniß in Anspruch nimmt, ein Recht oder

---

1) L. 1, §. 2, D. de postulando (3, 1). Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in jure exponere. Es irren Dapp, Von der Legitimation, §. 7—53; Glück, Comm. d. Pandekten, VI, §. 529. (Unten §. 72.)

2) Tit. tot. C. qui legitimam person. standi in judicio habent (3, 6). Dapp, Von der Legitimation (Ausg. 2). Gesterding, Nachforschung, S. 372. Heffter, Civilproceß, S. 71 fg., 115 fg. Schmid, Handbuch, §. 67. Bayer, Civilproceß, S. 60 fg.

3) Nicht vom Stehen im Gegensatz des Sitzens vor Gericht ist die Rede. Davon Gesterding, Ausbeute, I, 37; für das Römische Recht L. 3 C. de off. divers. judic. (1, 48). L. 1 C. de off. civil. judic. (1, 45). L. 6, §. 6, D. de postul. (2, 6).

einen Anspruch auf den Staatsschutz in demjenigen Lande, wo sie processirt, zu machen haben. Das Römische Recht entzog daher einem Sklaven, das spätere gemeine Recht aber einem Geächteten, bürgerlich Todten, diese Befugniß, während das Kanonische Recht[4]) die Einschränkung hinzufügte, daß die Verbannten und Excommunicirten nur nicht als Kläger, wol aber als Beklagte auftreten können, weil sonst die gegen sie auftretenden Kläger leiden würden. Es dürfte dies die einzige heutzutage anwendbare Einschränkung sein. 2) Daneben muß jede vom Staate geschützte Person, um Partei sein zu können, irgend einem Gerichte desjenigen Staats unterworfen sein, in welchem der einzelne Rechtsstreit geführt wird, mithin nicht exterritorial sein[5]). Wäre diese Unterwerfung aber im Allgemeinen nicht schon der Fall, so würde eine stillschweigende Unterwerfung aus dem Anbringen einer Klage nothwendig zu folgern sein. 3) Weiter aber muß eine solche Person die Befugniß besitzen über ihr Vermögen im Allgemeinen gültig verfügen zu können. Ist diese Befugniß auf die Zuziehung anderer Personen beschränkt, so kann nur mit Beobachtung dieser Einschränkung die Befugniß zu gerichtlicher Rechtsverfolgung ausgeübt werden. Hieraus folgen die Beschränkungen[6]), welche theils durch das minderjährige Alter oder eine

---

4) L. 107 D. de reg. jur. (50, 17). L. 53 D. de jud. (5, 1). L. 7 C. eod. (3, 1). Reichskammergerichtsordnung v. 1555, Th. 2, Tit. 9, §. 2. Cap. 7 X. de judiciis (2, 1). Cap. 8 de sentent. excomm. in VI^{to} (5, 11). Cap. 1 de except. iu VI^{to} (2, 11). Cap. 5 i. f. X. de except. (2, 25). Bei den Protestanten nicht im Gebrauch. Böhmer, Jus eccles. I, 37, §. 8. Bei den Katholiken jedoch noch rücksichtlich der Excommunicirten. Bayer, a. a. O., S. 61.

5) Siehe oben §. 9, XI. und XII. Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes, §. 380.

6) a) L. 1, 2, C. qui legit. pers. (3, 6). L. 45, §. 2, D. de re jud. (45, 1). L. 1, §. 3, D. de admin. et per tut. (26, 7). Ausnahmen enthalten L. 3 C. qui legit pers. Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam. L. 10 C. de appell. (7, 62). L. 1 pr. D. de curat. furios. (27, 10). Beim Summariissimum kann dadurch, daß einer Gemeinde die landesgesetzlich nöthige Proceßerlaubniß fehlt, der Obsieg nicht gehindert werden. L. 3 C. cit. — b) Die Geschlechtsvormundschaft besteht nach gemeinem Recht nicht. Siehe aber L. 49, §. 1, D. de furtis (47, 2). L. 29 C. de jure dot. (5, 12). — c) Bezüglich der Haussöhne siehe L. 8 D. de procurat. (3, 3). Comp., §. 35, Not. i—o. Oben §. 34, III.

sonstige unfreiwillige Curatel des streitenden Theils, theils durch das Recht des zahlungsfähigen Ehemanns an dem Brautschatze, theils durch die väterliche Gewalt, der ein Streittheil unterworfen ist, begründet sind. Das Kanonische Recht[7]) hat daraus die Ausnahme gefolgert, daß in rein geistlichen Sachen (causis mere spiritualibus) Jedermann ohne Einschränkung Proceß führen könne, der Minderjährige ohne Vormund, der unter Curatel Stehende ohne Curator, der Haussohn ohne Beitritt des Vaters, weil es sich in solchen Sachen nicht um das Vermögen handle; allein im protestantischen Kirchenrecht wird dies nicht anerkannt, weil auch solche geistliche Sachen, wenn sie als Processe behandelt werden (z. B. Ehesachen), durch den Kostenpunkt das Vermögen belasten. 4) Endlich hängt die Befugniß zu gerichtlicher Rechtsverfolgung von einigen lediglich positiven Einschränkungen ab. Einige davon finden sich schon im Römischen Rechte, wie z. B. daß höhere Magistratspersonen[8]) während ihres Amtes nicht processiren durften, was heutzutage jedoch keine Geltung hat, andere dagegen sind erst in den neuern Landesgesetzen enthalten, z. B. in Ansehung der Landstände während des Landtags, des Consenses der oberaufsehenden Behörden zu Processen der Gemeinden.

§. 36.

b) Legitimation zur Sache.

I. Die processualische Rechtfertigung der Person, Proceßlegitimation überhaupt, kann von jeder Art des Proceßsubjects gefordert werden, mögen es Haupt- oder Nebenpersonen sein; denn sie bezeichnet den Nachweis der Berechtigung einer bestimmten Person zu Proceßschritten, welche dieselbe unternehmen will oder unternimmt, bei denen es aber auf bestimmte persönliche Rechtsverhältnisse ankommt, um zu denselben befugt zu sein. Von dieser Legitimation gibt es drei verschiedene Arten: 1) die Legitimation zur Praxis, worunter man den Beweis versteht,

---

7) Cap. 3 de judic. in VI[to] (2, 1). Pufendorf, I. obs. 11.

8) L. 48 D. de judiciis (5, 1). Das Verbot einer act. poen. oder famosa unter Ehegatten während der Ehe. L. 2 i. f. C. rer. amot. (5, 21). Glück, Commentar, XXVII, 473 fg.

daß Jemand befugt sei eine processualische Verrichtung, zu deren Vornahme es der öffentlichen Genehmigung bedarf, vorzunehmen. Es gilt dies zumeist von den Advocaten, Notaren, Procuratoren, seltener vom Gerichtspersonale selbst, weil bei demselben durch öffentlich bekannt gemachte Erklärungen des Staats die Berechtigung dieser Personen zu ihren Amtsverrichtungen ausgesprochen ist. Es gibt jedoch auch Fälle, wo sich ein Gericht gewissermaßen zur Praxis legitimiren muß, dann nämlich, wenn es vermöge erhaltenen besondern Auftrags solche Gerichtshandlungen vornimmt, die es vermöge seines eigentlichen Amts vorzunehmen nicht befugt wäre. In solchen Fällen muß dann das Gericht nöthigenfalls das erhaltene Commissorium den Parteien vorlegen oder wenigstens in beglaubigter Abschrift mittheilen und alle seine in Folge dessen ergehenden Ausfertigungen mit Rückbezug auf das erhaltene Commissorium ergehen lassen. Was dagegen die Legitimation zur Praxis Seiten der Advocaten, Notare, Procuratoren betrifft, so ist dies eine reine Disciplinarsache, auf welche das Gericht der Ordnung wegen aus eigenem Antriebe achten muß. Die Parteien dagegen sind nur dann dabei interessirt, wenn wegen eines solchen Mangels die von einem in dieser Weise nicht Legitimirten vorgenommenen Handlung als ungültig angefochten wird. Am wenigsten wird das bei Procuratoren vorkommen, da diese regelmäßig keine besondere Staatserlaubniß, wie die Advocaten, bedürfen, insofern nicht bei einem einzelnen Gerichte eine bestimmte exclusive Zahl derselben ernannt ist. 2) Anders verhält es sich dagegen mit der Legitimation zum Proceß[1]), worunter man den Beweis versteht, welchen Procuratoren, Anwälte, Vormünder und selbst der Hausvater zu führen haben, daß sie in einem einzelnen bestimmten Rechtsstreite befugt sind vor Gericht als Vertreter oder Beistand einer bestimmten Partei aufzutreten und Namens dieser zu handeln. Der Procurator, Anwalt erlangt eine solche Befugniß nur durch ausdrückliche Uebertragung der Stellvertretung, welche von der Partei selbst oder deren Beistand geschehen muß, durch eine sogenannte Vollmacht (§. 76). — Es ist dies nur eine Privatübertragung, welche nicht wie die Legitimation zur Praxis als allgemein bekannt zu be-

1) Unten §. 76. Bayer, Civilproceß, Aufl. 8, §. 121, 122, S. 372 fg.

trachten ist und deshalb für jeden einzelnen Rechtsstreit nachgewiesen werden muß. Bei dieser Legitimation des Stellvertreters einer Partei ist aber der Gegner derselben darum wesentlich interessirt, weil die Gültigkeit des Verfahrens davon abhängt[2]), mithin die Gegenpartei im Stande sein muß, gehörig nachweisen zu können, daß der Stellvertreter ihres Gegners gehörig legitimirt war, falls dies später einmal bezweifelt werden sollte. — In Bezug auf die Vormünder und den Hausvater, welche einer solchen Partei assistiren, die kein freies Dispositionsrecht über das Ihrige hat, hängt die Legitimation zum Proceß von dem Beweise ab, daß der angebliche Vormund von der obervormundschaftlichen Behörde gehörig bestellt sei. Dieser wird dann durch Vorlegung des Curatoriums, welches entweder für alle Geschäfte des Pupillen im Allgemeinen, oder unter gewissen Voraussetzungen für einen einzelnen Rechtsstreit ertheilt ist, geführt. Der Hausvater dagegen ist für seine Hauskinder auch zum Proceßführen genügend legitimirt, sobald er seine väterliche Gewalt auf irgend eine Weise dargethan hat, z. B. durch den Taufschein, in welchem die eheliche Geburt der Partei bescheinigt ist. Denn die Fortdauer dieser Gewalt versteht sich solange von selbst, als der Gegner nicht deren Auflösung nachweist.

II. Von diesen Legitimationen anderer Personen, als der Parteien, ist wesentlich verschieden die dritte Art, die **Legitimation zur Sache**[3]), welche einzig und allein von der Partei selbst gefordert wird. Man versteht darunter den Beweis, daß diejenige Person, welche in einem bestimmten Rechtsstreite als Partei auftritt, kraft eigenen Rechts befugt oder wol gar verpflichtet sei, das einzelne Streitobject, sei es durch Klagerhebung oder durch dessen Vertheidigung, zu vertreten. Daher reicht es nicht aus,

---

2) L. 24 C. de procur. (2, 13). Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium.

3) Gönner, Handbuch, I, 15. Gensler, Handbuch, Abh. 5, S. 112. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 78—137. Linde, Zeitschrift für Civilrecht, III, Abh. 15. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 123 fg. Planck, Commentat. de legit. ad caus. (Göttingen 1837). Brackenhöft, Erörter. S. 323, §. 68. Bayer, a. a. O., S. 65 fg.

wenn diese Sachlegitimation, die für die Gültigkeit des Verfahrens so wichtig ist, nur von der einen Partei beigebracht worden ist, vielmehr muß auch die der andern Partei sich in Richtigkeit befinden. Man unterscheidet demnach mit Recht active und passive Sachlegitimation, muß sich aber hüten[4]) unter der activen die des Klägers, unter der passiven die des Beklagten zu verstehen; denn auch der Beklagte wird sehr häufig in die Lage kommen, sich activ zur Sache zu legitimiren, z. B. wenn er gewisse Compensationsforderungen, welche ein Dritter ursprünglich erworben hatte, zu seinem Nutzen gebrauchen will, sowie umgekehrt der Kläger passiv zur Sache legitimirt sein muß, wenn von ihm bei einzelnen Einreden verlangt wird, daß er Handlungen eines Dritten vertrete. Man wird daher am richtigsten[5]) unter activer Sachlegitimation den Beweis verstehen, welchen die im einzelnen Falle sei es durch Klage, Einrede, Replik oder Duplik angreifend auftretende Partei zu führen hat, daß sie kraft eigenen Rechts am Streitobjecte zu diesem Angriffe berechtigt sei; dagegen unter passiver Sachlegitimation den Nachweis, daß die im einzelnen Punkte angegriffene Partei verpflichtet sei, sich diesem Angriffe entgegenzustellen und sich gegen die Nachtheile zu vertheidigen, die sonst aus dem Angriffe für sie entstehen können. — Die Nothwendigkeit[6]) dieser Sachlegitimation ergibt sich aber von selbst theils aus der allgemeinen Rechtsregel, daß das Resultat eines fremden Processes einen Dritten auf keine Weise afficire, theils aus der besondern gesetzlichen Vorschrift, daß Niemand fremde Gerechtsame vertreten könne, sondern nur eigene. Der Mangel der Sachlegitimation würde daher einen völlig vergeblichen und nichtigen Proceß veranlassen, was nicht allein der Richter der Hauptsache von Amtswegen zu verhüten bemüht sein, sondern auch die Partei selbst aus eigenem Interesse zu verhindern suchen muß. Deshalb hat die angreifende Partei, welche sich selbst activ zu ihrem Angriffe legitimiren muß, darauf zu achten, daß es ihr

4) Gönner, a. a. O., §. 2 fg. Thibaut, System des Pandektenrechts, §. 1058.

5) Anders faßt es Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 82 fg., auf.

6) Tot. tit. C. inter alios acta (7, 60). L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6) de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet.

nicht allein selbst an der nöthigen Voraussetzung nicht mangele, und dies besonders hervorzuheben, sondern auch daß ihr Gegner passiv legitimirt sei, und die hierzu nöthigen Bedingungen anzuführen, damit in beiderlei Richtung der Angriff nicht als mangelhaft erscheine. Nicht weniger hat die angegriffene Partei auf alles das zu achten, und jeden sich ihr zeigenden Mangel zu rügen.

III. Wenn man nun aus den nurerwähnten Obliegenheiten beider Streittheile zu gehöriger Sachlegitimation, namentlich in älterer Zeit, eine besondere Einrede[7]) der fehlenden Sachlegitimation für zulässig erachtet und, als präjudiciell angesehen, dabei auch behauptet hat, es trete die Anomalie ein, daß der Excipient gegen die allgemeine Regel nicht schuldig sei die Richtigkeit der Einrede zu beweisen, daß ferner ein vollständiger Beweis zu Widerlegung dieser Einrede unnöthig sei, hierzu vielmehr schon eine bloße Bescheinigung[8]) genüge, bei der jedoch der Gebrauch der Eidesdelation[9]) unzulässig sei, so ist das ein im deutschen gemeinen Rechte nirgends begründeter Irrthum. Denn zunächst ist die Rüge der fehlenden Sachlegitimation keine wahrhafte Einrede in der jetzigen Bedeutung des Worts, indem die Partei, welche den fraglichen Mangel rügt, keine neue selbständige Behauptung aufstellt, was doch zum Begriffe einer Einrede im heutigen Sinne nothwendig gehört, sondern das Gericht nur darauf aufmerksam macht, daß es dem Angriffe des Gegners an gewissen Voraussetzungen fehle, welche zu dessen Begründung nothwendig sind, deren Existenz aber die angegriffene Partei in Abrede stellt. Ein solcher Vortrag ist nur eine verneinende Einlassung auf den Angriff, daher es denn auch ganz richtig ist, daß die leugnende Partei den Beweis, ihr Leugnen sei der Wahrheit angemessen, nicht zu führen hat, daß es vielmehr dem sie angreifenden Gegner obliegt, die Richtigkeit dessen darzuthun, was zum Grunde seines

---

7) Wahrscheinlich gestützt auf L. 16 D. de except. (44, 1). L. 19 pr. D. de prob. (22, 3). In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi opertere. Dagegen auch Seuffert, a. a. O., V, Nr. 233.

8) Gönner, a. a. O., S. 333. (Unten §. 136.)

9) Hofacker, Princ. jur., §. 4515. Claproth, Proceß, II, 320. Biener, System. proc., I, §. 99. Dagegen Glück, Commentar, XVI, §. 1022. Mühlenbruch, Cession, §. 61, S. 575. Gesterding, Nachforschung, S. 132—142.

Angriffs wesentlich erfordert wird, während, wenn es eine wahre Einrede wäre, den Excipienten auch die Beweislast treffen müßte. Hieraus folgt weiter, daß wenigstens nach jetzigem Proceßrechte ein solcher Streitpunkt nicht präjudiciell ist, sondern nach der Eventualmaxime (§. 101) in jedem Falle zugleich mit den übrigen bezweifelten Theilen des Angriffs dargethan werden muß, damit in einem Endurtheile über alle diese Streitpunkte entschieden werden kann. Sodann aber ergibt sich hieraus, daß zum Beweise der Sachlegitimation eine bloße Bescheinigung nicht hinreichend sein kann, sondern ein Beweis von gleicher Stärke, wie über die andern in Abrede gestellten, wesentlichen Theile des Angriffs gefordert werden muß. Dabei kann es dann endlich nicht zweifelhaft sein, daß die Eidesdelation[10]) darüber ebenso gebraucht werden kann, wie über jeden andern Grund des Angriffs, bei welchem sie sich anwenden läßt. Die Richtigkeit dieser in neuerer Zeit fast durchgehend anerkannten Theorie erweist sich aber auch noch daraus, daß gewöhnlicherweise die Sachlegitimation von gleichen Voraussetzungen wie die Klage oder ein ähnlicher Angriff abhängt, mithin kein blos connexer, sondern ein identischer Streitpunkt ist, welcher nicht einmal zu den Incidentfragen gehört, sondern einen Theil des Hauptprocesses bildet und deshalb keine andern Regeln haben kann, als die, welche auch bei allen übrigen Bestandtheilen des Angriffs anwendbar sind.

IV. Hiervon könnte jedoch eine Ausnahme[11]) dann vorhanden zu sein scheinen: 1) wenn der gegenwärtig verfolgte Anspruch bei der streitenden Partei selbst nicht ursprünglich entstanden ist, sondern seinen Anfang bei andern Personen genommen hat, von welchen er auf die jetzige Partei übergegangen sein soll, z. B. durch Erbfolge, Cession u. s. w., denn dann bildet dieser Uebergang einen vom Grund der Klage oder Einrede getrennten, für sich bestehenden Thatumstand, von dem man allerdings annehmen könnte, es treten dabei besondere Rechtsgrundsätze ein; 2) wenn

10) Linde, Lehrbuch, §. 115, Note 9. Borst, Beweislast, S. 87. Gensler, a. a. O., S. 167. Schmid, a. a. O., S. 182 fg.

11) Puchta, a. a. O., §. 125. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 146—150, stellt deren bei den Theilungsklagen und der Reassumtion des Rechtsstreits auf.

außer dem eigentlichen Fundamente der angestellten Klage oder vorgeschützten Einrede noch eine Nebenqualität in den Gesetzen erfordert wird, um den Rechtsstreit darüber gültigerweise führen zu können, z. B. der Nachweis des Eigenthums an der gestohlenen Sache bei der condictio furtiva, obgleich sich die Klage, als persönliche, nur auf das Delict des Beklagten gründet, oder bei der Confessorienklage wegen einer Realservitut der Nachweis des Eigenthums am herrschenden Grundstücke, obgleich dasselbe für jene Klage als Klaggrund nicht betrachtet werden kann, sondern nur als eine Nebenqualität, welche außer dem Klagfundament gleichfalls dargethan werden muß. Beide Arten des Nachweises einer besondern, neben dem Klaggrund zu erweisenden Qualität nennt man daher auch wol die Sachlegitimation im eigentlichen Sinne, im Gegensatz der Fälle, wo die Sachlegitimation nichts weiter umfaßt, als was ohnehin zum Grunde der Klage oder Einrede erfordert wird. Aber selbst bei diesen beiden Gattungen von Fällen der eigentlichen Sachlegitimation treten keine abweichenden Grundsätze über deren Behandlung ein, indem die Rüge des Mangels derselben weder eine Einrede im heutigen Sinne, noch eine Präjudicialfrage bildet. Denn entweder ist in einem dergleichen Falle die Nebenqualität des Klägers, oder des Excipienten, vermöge deren er sich überhaupt eines solchen Angriffs nur bedienen kann, in seinem Vortrage ganz weggelassen; dann ist der Klaglibell inept, der Vortrag ein unschlüssiger, und diese Behauptung die Einrede, deren man sich zu bedienen hat, sofern nicht das Gericht, nach der ihm obliegenden Pflicht, von selbst den Mangel gerügt und deshalb den Vortrag sogleich von Anfang verworfen hat. Diese Einrede ist dann aber nicht zerstörlicher, sondern nur verzögernder Natur, und befreit deshalb nicht von gleichzeitiger Fortsetzung des Rechtsstreits. Oder es ist zwar eine solche Nebenqualität in der Klage oder Einrede angeführt, allein es wird deren Bestehen von dem Angegriffenen geleugnet; dann ist von einer Einrede keine Frage, vielmehr bildet das Leugnen nur ein Glied der Antwort auf den ganzen Angriff, und ebenso ein gleichzeitiges Object der Beweisführung. Sollte jedoch der Angegriffene in einem solchen Falle neue Behauptungen aufstellen wollen, um zu zeigen, daß sein Gegner sich nicht zur Sache legitimiren könne, oder die

passive Legitimation darzuthun nicht im Stande sei, so sind solche neue Behauptungen zwar Einreden im heutigen Sinne des Worts, und zwar peremtorische; allein sie bilden keinen Präjudicialpunkt zufolge der Eventualmaxime, und ebenso wenig treten bei diesen Einreden Anomalien in Rücksicht der Beweislast oder Beweisführung ein.

V. Als einen besondern, zu der Sachlegitimation gehörigen Fall hat die Praxis häufig den betrachtet, wo die mehren im einzelnen Rechtsstreite am Streitobjecte als berechtigt oder verpflichtet betheiligten Personen nicht gemeinsam als Kläger oder Beklagte auftreten, sondern nur einzelne von ihnen die eine oder andere Parteirolle übernehmen, und hat behauptet, es sei zum Rechtsbestande des Verfahrens erforderlich, daß erst alle Mitberechtigten oder Mitverpflichteten herbeigezogen würden, um den Rechtsstreit über die gemeinsame Verpflichtung oder das gemeinsame Recht mit einander zu führen, dies geschehe aber entweder von Seiten des Angegriffenen vermittelst der Einrede der mehren Streitgenossen[12]), welche den Erfolg habe, daß der begonnene Rechtsstreit auf so lange sistirt werde, als die mehren Streitgenossen noch nicht herbeigezogen seien, oder durch eine aus eigenem Antriebe vom Gerichte zu erlassende Adcitation. Allein beide Behauptungen sind nach gemeinem Rechte unbegründet. Denn in der Gesetzstelle[13]), auf welche man sich für diese Behauptungen beruft, steht nicht, daß die Theilnahme aller Interessenten zur Gültigkeit des Verfahrens nöthig sei, am wenigsten bezüglich deren, welche wirklich Theil am Processe genommen haben. Im Gegentheil ist, sobald das streitige Rechtsverhältniß, an welchem die mehren Personen Theil haben, ein theilbares ist,

12) Im Allgemeinen siehe Martin, Magazin, I, §. 4. Gönner, Handbuch, I, 308 (Aufl. 2), I, 19, §. 16 fg. Mittermeier, Archiv für civil. Praxis, III, 42 fg. v. Bülow u. Hagemann, Prakt. Erörter., VI, 80, S. 333. Sintenis, Erläuter., I, 76 fg. Schmid, Handbuch, I, 142 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstreit., §. 17 u. 50. Bayer, a. a. O., §. 39, S. 121 fg.; §. 46, S. 142 fg.

13) L. 47 pr. D. de re judic. (42, 1). De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet, aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet. L. 11, §. 2, D. de jurisdict. (2, 1). L. 44 pr. D. de judiciis (5, 1).

ausdrücklich in den Gesetzen [14]) anerkannt, daß jeder einzelne Betheiligte klagen oder verklagt werden könne, ohne die übrigen Theilhaber herbeizuziehen, natürlich nur auf seinen Antheil. Es hängt daher nach gemeinem Rechte von der Willkür des Klägers ab, ob er mit einer Klage alle betheiligten Schuldner belangen oder jeden in einem besondern Processe verklagen wolle. Sollte aber der Kläger einen größern Theil für sich beanspruchen als ihm zukommt, oder von dem Beklagten mehr verlangen als dieser auf seinen Antheil am Rechtsverhältniß schuldet, so würde dies nur die Einrede der Zuvielforderung begründen; durch diese aber der Richter zwar veranlaßt werden, den entsprechenden Antheil zuzuerkennen, die Sache selbst dagegen dadurch nicht aufgehalten. Wenn sich hieraus nun die Unstatthaftigkeit der Einrede der mehren Streitgenossen bei theilbaren Objecten ergibt, so läßt sich davon doch kein Schluß auf Rechtsstreitigkeiten machen, welche ein untheilbares Rechtsverhältniß mehrer Personen betreffen; vielmehr sprechen dafür, daß sie auch dabei nicht zulässig sei, andere Gründe. Diese bestehen zunächst in dem Principe des Römischen Rechts, daß bei solchen untheilbaren Streitgegenständen ein solidarisches Recht und eine solidarische Verpflichtung der mehren Betheiligten eintreten, vermöge deren jeder Mitberechtigte das Ganze allein zu fordern befugt ist, und die übrigen Mitberechtigten, welche sich später melden, nur an ihn, der zuerst klagend auftrat, sich zu wenden haben; ebenso wie umgekehrt von den mehren Mitschuldnern in einem solchen Falle derjenige, welcher für sich allein im Stande ist das Ganze zu leisten, verbunden ist dies zu thun oder deshalb allein Proceß zu führen, unbeschadet jedoch seiner Befugniß, den übrigen Mitschuldnern den Verlust des Objects, wenn ihm sonst keine Schuld dabei zur Last fällt, anzurechnen, bezüglich seinen Regreß an sie zu nehmen. Dabei bleibt aber den übrigen Interessenten die Befugniß unbenommen, durch Intervention sich eines solchen Rechtsstreits anzunehmen und ihr Interesse dabei zu wahren. Das Römische Recht [15]) hat diesen

14) L. 1 C. de consort. (3, 40).

15) L. 55 D. de rei vind. (6, 1). L. 4, §. 3, 4, D. si servit. (8, 5). L. 8 D. de nox. act. (9, 4). L. 25, §. 9 et 10, D. famil. hercisc. (10, 2). L. 1, §. 36, D. depos. (16, 3). L. 81, §. 1, D. de solut. (46, 3).

Grundsatz zwar nicht als allgemeine Regel hingestellt, allein in soviel einzelnen Fällen für dingliche sowol als persönliche Rechtsverhältnisse anerkannt, daß er als allgemein gültig zu betrachten ist. Nur ist in den Gesetzen zugleich verordnet, daß ein solcher Kläger, welcher nur Mitbetheiligter ist, und dennoch das Ganze fordert, ohne zu behaupten, daß es ihm allein gehöre, cautio de rato hinsichtlich der übrigen Mitbetheiligten zu leisten hat. Zwar findet sich diese Bestimmung nur in einer Gesetzstelle [16]), scheint aber nicht unpassend generalisirt zu werden. — Gegen diese Theorie hat Gönner [17]) vergebens eingewendet, durch das citirte Gesetz (L. 1 C. de consort.) sei nur eine theilweise Aenderung des ältern Römischen Rechts in Ansehung der theilbaren Objecte vorgenommen worden, es müsse daher im Uebrigen bei dem alten Rechte bleiben. Allein er hat dabei übersehen, daß das älteste Römische Recht die Einrede der mehren Streitgenossen gar nicht kannte, daß sie vielmehr erst Kaiser Constantin einführte, dessen Constitution aber durch die citirte L. 1 C. ausdrücklich ihrem ganzen Umfange nach aufgehoben worden ist, was sich aus dem Codex Theodosianus ergibt, worin die abändernde Stelle vollständig vorkommt, und daraus nur im Extract in den Codex Justinianeus übergegangen ist. Wenn derselbe aber weiter behauptet, daß in allen den Fällen, wo eine solche solidarische Befugniß oder Verpflichtung eintrete, wenigstens die Einrede der Theilung Geltung haben müsse, wie bei allen andern Correalverhältnissen, so hat er unbeachtet gelassen, daß diese Einrede bei untheilbaren Gegenständen schon deshalb, weil eine Theilung derselben nicht

16) L. 1, §. 1 et 2, D. de solut. matrim. (24, 3). Seuffert, a. a. O., Bd. 3, Nr. 205. Bayer, a. a. O., S. 124.

17) Gönner, a. a. O., S. 308 u. 417 fg. L. 1 C. de consort. (3, 40). Explosis atque rejectis praescriptionibus, quas litigatores sub obtentu consortium, studio protrahendae disceptationis, excogitare consueverunt, sive unius fori omnes sint, sive in diversis provinciis versentur, nec adjuncta praesentia consortis vel consortium, agendi vel respondendi jurgantibus licentia pro parte pandatur. — Die Schlußworte dieser wörtlich dem Cod. Theod. L. 2, tit. 5, const. un. entnommenen Stelle lauten: et amputata constitutione Constantini patrui mei, quae super consortibus promulgata est, antiquum jus, quantum pertinet ad hujusmodi disceptationes, cum omni firmitate servetur. Planck, a. a. O., §. 18, S. 556.

möglich ist, ausgeschlossen bleibt, und ohnehin die Einrede der Theilung nie gegen mehre correi credendi zugelassen worden ist, folglich auch den mehren berechtigten Klägern nicht entgegengesetzt werden kann. Wenn endlich derselbe behauptet hat, mehre Correi könnten in keiner Communion mit einander stehen, so ist dies offenbar den Gesetzen [18]) zuwider. Kann daher nach gemeinem Rechte die Einrede der mehren Streitgenossen als statthaft nicht betrachtet werden, so läßt sich noch weniger eine Befugniß des Gerichts zur Adcitation weder bei theilbaren noch bei untheilbaren Streitobjecten rechtfertigen, da eine solche den ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen, daß Niemand wider Willen zu einem Rechtsstreite gezwungen werden kann, widerspricht [19]), und die Ausnahme im Falle der Nov. 99 als etwas so Specielles zu betrachten ist, daß sie keine Ausdehnung leidet. Denn der Fall, den diese Stelle im Auge hat, setzt voraus, daß sich mehre Personen als Correalschuldner verpflichtet haben, ohne der Einrede der Theilung zu entsagen, alle zahlungsfähig und in demselben Gerichte gegenwärtig sind, und nur für diesen Fall ist zu Vermeidung von Regreßklagen die Adcitation als etwas Neues angeordnet.

§. 37.

c) Wirkung der Mängel an jenen Erfordernissen.

I. Daß ein Rechtsstreit, worin es an den in den vorhergehenden Paragraphen erörterten beiden nothwendigen Eigenschaften eines oder beider streitenden Theile fehlt, an einer Nichtigkeit leide, ist an und für sich außer Zweifel und in Hinsicht beider Erfordernisse in den Gesetzen [1]) namentlich gesagt. Nur in der Anwendung dieser Bestimmungen ist man, wegen der Unbestimtheit der Gesetze selbst, zweifelhaft zunächst darüber, ob und wie lange diejenige Nullität gehoben, geheilt werden könne, welche

---

18) L. 62 pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2). Glück, Commentar, IV, 521. Ribbentrop, Lehre von den Correaloblig., §. 17 fg.

19) Tit. tot. C. ut nemo invit. (3, 7). Nov. 99, cap. 1, §. 1 et 2. Unten §. 306. Bayer, a. a. O., §. 46, S. 142.

1) L. 9, 45, §. 2, 54, D. de re judic. (42, 1). L. 4 D. si advers. rem jud. (2, 27). L. 1 D. qui legit. (3, 6). L. 6 D. de judic. (3, 1).

rücksichtlich der Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung (persona standi in judicio), durch die fehlende Assistenz des Curators, Vormundes oder Hausvaters ursprünglich begründet war. — In einem Falle ist allerdings dieser Mangel durch den zum Besten der unvollständig legitimirten Partei erfolgten glücklichen Ausgang des Rechtsstreits für geheilt erklärt[2]), allein diese Stelle gründet sich ganz auf die den Minderjährigen gesetzlich überhaupt ertheilten Begünstigungen und verlangt nicht erst eine Ratihabition von Seiten der obsiegenden Partei, durch welche die Richtigkeit gehoben werden sollte. Sie stützt sich daher auf ein ganz anderes Princip und ist nicht mit Bethmann-Hollweg unter Bezug auf das Arg. L. 56 D. de judic. in anderer Weise auszulegen. Es läßt sich daher dieses singuläre Recht auf andere Fälle der fehlenden persona standi in judicio nicht ausdehnen, so daß man, wenn ein solcher Fall vorliegt, die unheilbare Richtigkeit des Rechtsstreits annehmen muß. Uebrigens sind die Fälle gänzlich mangelnder Befugniß die gerichtliche Rechtshülfe zu verlangen, heutigentages in Deutschland weit seltener als bei den Römern. Landesgesetze[3]) über diesen Gegenstand werden meistens fehlen.

II. Was dagegen den Mangel an der Sachlegitimation betrifft, so behaupten die Praxis und die ältern Proceßschriftsteller

2) L. 14 C. de procurat. (2, 13). Non eo minus sententia adversus te lata, juris ratione subsistit, quod adversaria tua minor XXV. annis constituta, causam suam marito sine curatore agendam mandavit. Minoribus cum aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 216. Arg. L. 56 D. de judic. (5, 1). Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est; tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. Die citirte L. 14 C. bezieht sich nicht auf die fehlerhafte Proceßlegitimation, wo allerdings die Regel für das jus ratihabendi spricht, wiewol die Stelle nichts davon enthält, sondern auf die mangelnde persona standi in judicio. Bayer, a. a. O., S. 64.

3) Landesgesetze enthalten jedoch auch mancherlei ganz neue Bestimmungen, so z. B. daß gegen Landtagsabgeordnete während des Landtags Wechselprocesse nicht statthaft sind. Das gemeine Recht kennt dergleichen Bestimmungen nicht, man müßte denn die Analogie der römischen magistratus annales darauf beziehen wollen.

nicht nur, daß dieser von jedem Dritten, welcher an dem bisherigen Processe keinen Antheil genommen, gleichwol der einzig Legitimirte war, durch einen neuen Rechtsstreit zu allen Zeiten geltend gemacht werden könne, sondern sie stellen auch den Satz auf, daß derselbe sogar unter den Parteien, die bisher processirten, selbst noch nach rechtskräftiger Entscheidung gerügt werden könne und wol gar durch den Richter von Amtswegen dann zu urgiren sei, wenn das Gericht sich veranlaßt finde, die entgegengesetzten Geständnisse der Parteien, durch welche die Legitimation derselben berichtigt sein würde, in Zweifel zu ziehen. Man behauptet also auch in diesem Falle eine absolute und unheilbare Nichtigkeit. Wenn nun auch der erste Theil des aufgestellten Satzes unzweifelhaft richtig ist, so haben doch rücksichtlich des letzten Gensler und Bethman-Hollweg[4]) mit Recht gezeigt, daß diese letzte Behauptung viel zu weit geht und daß nach richtigen Grundsätzen ein Unterschied in Ansehung der Folgen der fehlenden Sachlegitimation zwischen den streitenden Parteien unter sich nach den zwei Perioden des Rechtsstreits zu machen sei, nämlich der Verhandlung vor der rechtskräftigen Entscheidung des Processes durch das Endurtheil, und der spätern Proceßschritte, welche nach dem Eintritte der Rechtskraft des Endurtheils noch vorzunehmen sind.

III. In der ersten dieser Perioden ist es nämlich allerdings Regel, daß zu jeder Zeit, mithin noch nach Ablauf der Fristen, binnen welchen die Einreden vorzutragen sind, der Mangel an der Sachlegitimation sowol von den Parteien, als auch von dem Gerichte, von diesem sogar noch im Endurtheile gerügt werden kann und muß, um Nullitäten zu verhüten, und daß der Erfolg einer solchen spätern Rüge kein anderer ist, als daß die fehlende Sachlegitimation nachgeliefert werden muß, widrigenfalls alles bis dahin Geschehene kassirt wird, und nur über die Verbindlichkeit zur Erstattung der Proceßkosten und des sonstigen Schadens, insoweit die nicht legitimirte Partei allein die Ursache hiervon war, zu erkennen ist. Die Richtigkeit dieser Regel ergibt sich theils daraus, daß bis dahin, wo ein rechtskräfti-

4) Gensler, Handbuch, Ausg. 2, S. 184 fg. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 96 fg. Vergl. Schmid, a. a. O., S. 181 fg.

ges Endurtheil erfolgt ist, jeder Grund zur Heilung der begangenen Nullität fehlt, indem der Ablauf der Exceptionsfristen deshalb als ein solcher nicht angesehen werden kann, weil die Rüge der fehlenden Sachlegitimation keine Einrede, sondern nur eine verneinende Litiscontestation ist, welche nach gemeinem Rechte auch nicht durch ein fingirtes Geständniß ersetzt werden kann, weil dasselbe nur die Fiction einer negativen Einlassung kennt; theils aber daraus, daß es zu der richterlichen Pflicht gehört, diejenigen Mängel von Amtswegen zu rügen und deren Berichtigung zu veranlassen, wovon die Gültigkeit des Verfahrens abhängt, sollten gleich die Parteien darüber geschwiegen haben. Selbst wenn im einzelnen Falle bereits ein Zwischenerkenntniß auf Führung des erforderlichen Beweises ergangen und rechtskräftig geworden wäre, so kann das weder die Partei noch das Gericht abhalten, den etwa vorhandenen Mangel an der Sachlegitimation noch jetzt bei Fortsetzung des Rechtsstreits zu rügen. Denn wäre das fragliche Beweisinterlocut allgemein auf den erforderlichen Beweis gerichtet, so müßte nach richtiger Interpretation hierunter auch die fehlende Sachlegitimation verstanden werden; wäre aber im Beweisinterlocut ein specielles Beweisthema festgesetzt, welches sich auf die fehlende Sachlegitimation nicht erstreckte, so würde dies ein ungenügendes, die Sache nicht erschöpfendes Beweisthema enthalten, welches darum als irrelevant [5]) zu betrachten wäre und deshalb zu jeder spätern Zeit, namentlich bei Fällung des Endurtheils, als mangelhaft verworfen werden könnte, solange das Fehlende noch nicht nachgeholt worden wäre. — Eine besondere Ausnahme von der Regel, daß die fehlende Sachlegitimation bis zum Endurtheile immer noch gerügt werden könne, tritt bei allen persönlichen und dinglichen Klagen, welche nur gegen den Besitzer als solchen stattfinden [6]), dann ein, wenn der Angegriffene sich dem Streite, ohne dazu verpflichtet zu sein und ohne den Mangel an der passiven Sachlegitimation gleich anfangs zu rügen, unterzog, ihm also eine oblatio liti zur Last fällt. Denn in diesem Falle soll weder er noch das Gericht von Amts-

5) Comp., §. 180, Note k. (Unten §. 180.)

6) L. 2 C. ubi in rem (3, 19). L. 27 D. pr. de rei. vind. (6, 1). L. 45 D. de hered. petit. (5, 3).

wegen diesen Mangel weiter zur Sprache bringen können; vielmehr muß der Beklagte, wenn er entweder das Streitobject nicht besitzt, dieses aber verschweigt und sich gleichwol auf die Klage einläßt, während der Kläger einen solchen Mangel nicht gekannt hat, oder jener nur im Namen eines Andern besitzt, aber nicht gleich anfangs den Civilbesitzer, für welchen er im Naturalbesitz ist, nennt, also der Einrede der Nennung seines Autors sich nicht bedient, dem Kläger alles Interesse prästiren und wol gar den Besitz räumen, sollte er auch später den Mangel an passiver Sachlegitimation darthun können; unbeschadet natürlich des Rechts des Dritten, welcher der eigentliche Besitzer der streitigen Sache ist. — Der Mangel an der Sachlegitimation wird übrigens seltener erst beim Endurtheile gerügt, wenn dieselbe eine uneigentliche war, d. h. wenn ihr Vorhandensein zu den Bestandtheilen der Klage oder Einrede gehörte und nicht einen getrennten Nebenumstand bildete. Denn in dergleichen Fällen wird heutigentages nicht leicht ein solcher Mangel übersehen, da nach den jetzigen Proceßregeln jede Klage und Einrede so speciell vorgetragen und so ins Einzelne gehend vom Gegentheile beantwortet werden muß, daß dadurch entweder die Parteien von selbst auf eine solche Lücke hingeführt werden, sobald sie nur einigermaßen mit der Theorie der Klagen und Einreden bekannt sind, oder wenigstens das Gericht bei Abfassung der Zwischenerkenntnisse, insbesondere bei Festsetzung eines speciellen Beweissatzes, darauf aufmerksam wird, mithin ziemlich zeitig einen solchen Mangel rügen kann. Dagegen wird die Anwendung jener Hauptregel und bezüglich jener Ausnahme sehr häufig bei der eigentlichen Sachlegitimation, also in den Fällen in Frage kommen, wo dieselbe nur in Nebenumständen besteht, die zwar zur Geltendmachung der Klage und Einrede nöthig sind, nicht aber die Begründung des Anspruchs selbst enthalten. Denn in diesen Fällen werden die Parteien oft solche Nebenumstände übersehen oder ganz darüber schweigen, sobald ihnen etwa außeractlich bekannt ist, daß diese Nebenumstände bei dem Gegner in der That vorhanden sind, z. B. die Eigenschaft des Erben oder das Eigenthum am herrschenden Grundstücke. Allein ein solches Schweigen der Parteien kann dem Gericht, welches alle erforderlichen Thatsachen nur aus den Acten entnehmen darf, nicht genügen; vielmehr hat dasselbe dann die Pflicht,

aus eigenem Antriebe solche Mängel zu rügen und die Parteien zu einer bestimmten Erklärung darüber aufzufordern. Mit dieser Rüge ist jedoch der Richter nicht an einen Präclusivtermin gebunden, so daß eine solche Lücke der Acten selbst noch in der Appellationsinstanz hervorgehoben und berichtigt werden kann. Sobald hingegen in den Acten ein Einverständniß der Parteien über dergleichen zur Begründung der Sachlegitimation gehörige Thatsachen ausdrücklich bekundet vorliegt, mithin die eine Partei ein gültiges Geständniß darüber abgelegt hat, so ist es eine grundlose Behauptung der Praxis, daß das Gericht selbst dann noch einen bessern Beweis der Sachlegitimation fordern könne, wenn es ihm zweifelhaft erscheine, ob das Geständniß nicht auf einem Irrthume beruhe. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen über die Geständnisse, welche im Gericht abgelegt sind (s. §. 128), hat der Richter im Civilprocesse nie das Recht, die Wahrheit dessen zu bezweifeln, was in gehöriger Weise eingestanden worden ist[7]), und eine besondere Ausnahme in Ansehung der Sachlegitimation ist den Gesetzen unbekannt.

IV. Andere Grundsätze müssen dagegen in der zweiten und letzten Periode des Rechtsstreits gelten, in welcher der Streit durch ein Endurtheil entschieden und dieses rechtskräftig geworden ist. Denn durch dergleichen rechtskräftige Entscheidungen werden zwischen den Parteien ganz neue nicht blos processualische, sondern auf das streitige Rechtsverhältniß selbst sich erstreckende Rechte und Pflichten begründet und, ohne Rücksicht, ob sie vor der Entscheidung des Rechtsverhältnisses in der Wirklichkeit existirt haben, vom Staate als richtig anerkannt und geschützt[8]). Hieraus folgt aber, daß nunmehr ein genügender Rechtsgrund vorhanden ist, wodurch eine etwa begangene Nichtigkeit geheilt wird, und daß weder dem Gerichte von Amtswegen, noch auch diesen streitenden Parteien irgendwie die Befugniß zustehe, einen rücksichtlich der Sachlegitimation vorgekommenen Fehler zu rügen,

---

7) L. 1 D. de confess. (42, 2). L. 1 C. de confess. (7, 59). Jüngster Reichsabschied, §. 50.

8) Vergl. §. 113. L. 1 D. de re judicata (41, 1). L. 25 D. de statu homin. (1, 5) res judicata pro veritate accipitur. Cap. 13 i. f. X. de sentent. et re judic. (2, 27).

wie dies in einem einzelnen Falle von den Gesetzen[9]) namentlich anerkannt ist. Auch läßt sich diese Behauptung im einzelnen Falle leicht realisiren, sowol wenn der Kläger abgewiesen ist, da dann nur noch der Kostenpunkt in Frage kommt, der aber eine weitere Erörterung nicht zuläßt, als auch wenn derselbe obsiegt. Denn wenn der Beklagte zur Zahlung einer fungibeln Sache in Folge rechtskräftiger Entscheidung verurtheilt ist, bleibt er dennoch im Stande dem wirklich Berechtigten gegenüber abermals Zahlung zu leisten; ist er aber zur Herausgabe einer nichtfungibeln Sache verurtheilt, so überträgt er nur den Besitz der fraglichen Sache an die siegende Partei, unbeschadet der Rechte Dessen, dem sie eigentlich gebührt.

§. 38.

3) Rechte und Pflichten streitender Theile.

a) **Ueberhaupt.**

I. Nach allgemeinen Grundsätzen können die processualischen Rechte und Pflichten, d. h. solche, welche allein in der Führung eines Rechtsstreits ihren Grund haben und auf das Processiren sich beziehen, nur zwischen Personen eintreten, welche auf irgend eine Weise am Rechtsstreite Theil nehmen, mithin zum Proceßsubject gehören, keineswegs aber in Ansehung dritter Personen[1]). Gleichwol spricht man häufig auch von processualischen Rechten und Pflichten dritter Personen gegen die Parteien, und führt als Beispiele derselben an: die regelmäßige Zwangspflicht, Zeugniß zum Behufe fremder Rechtsstreitigkeiten vor Gericht abzulegen, und die Verpflichtung, in eben dieser Rücksicht Urkunden zu ediren[2]), an denen keine der Parteien irgend einen rechtlichen Anspruch hat.

---

9) L. 36 D. famil. hercisc. (10, 2). Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 100 fg.

1) Arg. L. 74 D. de reg. jur. — Tit. tot. C. inter alios acta (7, 60).

2) L. 12 C. de fide instrum. (4, 41) (non gloss.). Compendium, §. 315.

Allein beide Arten von Pflichten sind nicht die nothwendige Folge eines Rechtsstreits, sondern treten auch ohne einen solchen und vor dessen Anfang ein, z. B. bei einem Beweise zum ewigen Gedächtnisse, und können daher keineswegs als wahre processualische Verbindlichkeiten betrachtet werden, sondern gehören nur zu den allgemeinen, staatsbürgerlichen Pflichten, welche durch positive Gesetze geordnet sind, deshalb aber nicht in die Darstellung der Civilproceßtheorie. — Mit mehr scheinbarer Richtigkeit redet man von Proceß-Rechten und Pflichten der Parteien in Beziehung auf dritte Personen bei den Ausnahmsfällen, in welchen die rechtskräftige Entscheidung eines Rechtsstreits dritten Betheiligten, sobald sie darum wissen, Nutzen und bezüglich Schaden bringen können[3]). Allein auch das ist eine blos scheinbare Ausnahme, weil dieser Fall nur bei Personen eintritt, welche wegen der engen Verbindung ihrer Rechte mit denen der Parteien in der That als Mitparteien erscheinen, folglich keine wahre Dritte sind. Deshalb hat man sich hinsichtlich der processualischen Rechte und Pflichten auf das Proceßsubject zu beschränken.

II. Betrachtet man nun die gegenseitigen Rechte und Pflichten der proceßführenden Parteien, soweit sie auf den Rechtsstreit zwischen ihnen sich beziehen und aus demselben hervorgehen, so haben diese zu ihrer Quelle nach jetzigem Rechte nicht sowol die Vereinbarung zwischen den Streittheilen, als vielmehr die Gesetze und gültigen Gewohnheiten. Im altrömischen Civilprocesse hatten zwar auch in dieser Richtung die Vereinbarungen der Parteien eine wesentliche Geltung, das hat sich aber schon im neuern römischen und noch mehr im kanonischen und deutschen Civilprocesse[4]) sehr geändert, indem die Staaten auch im Civilprocesse das Gemeinwohl mehr berücksichtigt und, da dies durch die Verträge von Privatpersonen wol leiden könnte, solche nur unter großen Einschränkungen zugelassen haben. Die Gesetze enthalten jedoch die Bestimmungen über diese Rechte und Pflichten nicht immer aus-

---

3) L. 63 D. de re judic. (42, 1). Oben §. 34, VI.

4) Den Proceß von der Stipulation zu unterscheiden empfiehlt L. 83, §. 1, D. de verb. oblig. (46, 1), nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur (oben §. 11, II.). Vergl. Comp., §. 119, Note e.

drücklich oder affirmativ aufgezählt, vielmehr muß Manches durch eine, wenn auch vollkommen schlüssige Folgerung daraus abgeleitet werden, daß Maßregeln zur Verhütung der Verletzungen einer einzelnen Pflicht, welche selbst nirgend als solche ausgesprochen ist, getroffen oder Strafen im weitern Sinne des Wortes für den Verletzungsfall angedroht sind. Auf diese Weise ergeben sich zwei Classen der processualischen Rechte und Pflichten der streitenden Theile: A) einige, welche allgemeine oder unbedingte genannt werden können, weil sie durch den ganzen Rechtsstreit hin wirksam sind, und B) specielle oder bedingte, welche einzig und allein in gewissen Abschnitten des Rechtsstreits oder unter der Voraussetzung besonderer Situationen desselben eintreten und deshalb nur im speciellen Theile näher erörtert werden können.

III. Die wichtigsten der allgemeinen unbedingten gegenseitigen Proceß-Rechte und -Pflichten[5]) der streitenden Theile, welche hier allein zur Erörterung kommen können, sind aber: 1) die Pflicht der Rechtlichkeit. Man versteht hierunter die Obliegenheit einer jeden Partei nur solche Rechtsverhältnisse gerichtlich zu verfolgen, in Ansehung deren sie überzeugt ist, die Gerechtigkeit auf ihrer Seite zu haben, oder von deren Unrecht sie wenigstens nicht unterrichtet ist, bei der Rechtsverfolgung selbst aber nur rechtlich erlaubter Mittel sich zu bedienen, um das Rechtsverhältniß geltend zu machen. Der Beweis dieser Verpflichtung geht zunächst aus der gesetzlichen Vorschrift[6]) hervor, daß jede Partei verbunden sei, beim Beginn eines Rechtsstreits einen allgemeinen Gefährdeeid (juramentum calumniae generale) zu leisten, dessen Formular, wie es im Jüngsten Reichsabschied enthalten ist, die obige Verpflichtung deutlich ergibt. Zwar wird dieser Eid heutzutage fast gar nicht mehr abgeleistet, weil der Gerichtsgebrauch oder Landesgesetze ihn beseitigt haben, allein dadurch ist jene Verpflichtung der Partei nicht abgeändert, vielmehr

5) Gönner, Handbuch, I, 13, §. 4 fg. W. H. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 127 fg. Schmid, Handbuch, §. 69. Bayer, Civilproceß, §. 23, S. 73 fg.

6) Nov. 124, cap. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 43. Glück, Commentar, XII, §. 807—810. Vergl. über das ältere Römische Recht Gajus, lib. IV, §. 174—181. Zimmern, Rechtsgeschichte, §. 180. Keller, Römischer Civilproceß, S. 250.

hat man nur das Vertrauen zu den Parteien, daß sie auch ohne den Eid geleistet zu haben, der Pflicht der Rechtlichkeit genügen werden. Es erweist sich diese Pflicht aber auch aus den Strafen, welche für den Fall der Verletzung derselben, wäre auch der Eid nicht geschworen, gedroht sind. Diese Strafen sind theils wirkliche Criminalstrafen, sobald die Verletzung jener Pflicht in ein wahrhaftes Criminalverbrechen übergeht, z. B. bei dem Meineid, der Bestechung der Zeugen oder Richter, Fälschung von Urkunden, theils nur civilrechtliche Nachtheile, welche den in dieser Hinsicht pflichtwidrig Handelnden treffen sollen. — Soweit aber diese Strafen[7]) in civilrechtlichen Nachtheilen bestehen, muß man zwei Arten der Pflichtwidrigkeit unterscheiden, einmal die **Chicane** (calumnia civilis) und die **Temerität im Proceßführen** (temeritas litigandi). Unter jener versteht man den vorsätzlichen, wissentlichen Misbrauch der gerichtlichen Rechtspflege, um entweder Ansprüche, welche man selbst als unbegründet kennt, zu verfolgen, oder um dem Gegner die Verfolgung seiner Ansprüche, von deren Rechtmäßigkeit man überzeugt ist, zu erschweren. Die sogenannten temeritas litigandi dagegen bezeichnet die Pflichtwidrigkeit derjenigen Partei, welche ohne gerade von der Ungerechtigkeit ihrer Sache überzeugt zu sein, den nöthigen Fleiß dennoch nicht anwendet, um sich von der Rechtmäßigkeit ihrer Rechtsvertheidigung zu unterrichten, sondern auf gut Glück wagt, was aus dem Rechtsstreite erfolgen möchte, also aus Leichtsinn oder Unbesonnenheit bei dem Mangel positiver Gründe für ihre Behauptung oder Weigerung einen Rechtsstreit führt. Hierüber handeln zwar die Gesetze ausführlicher, indessen sind doch nicht alle Nachtheile dieser Pflichtwidrigkeit zusammengestellt. Von den Rechtslehrern aber werden diese Nachtheile in allgemeine, wohin die Verurtheilung in die Kosten, und in specielle, wohin die Veränderung der Beweislast, und der Verlust der Einreden zu rechnen sind, getheilt. — Mit der Pflicht der Rechtlichkeit hängt

---

7) L. 233 pr. D. de verbor. signif. Si calvitur et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus. Inde et cavillatio dicta est. — Ein Hauptfall ist in Tit. tot. D. de calumniat. (3, 6) behandelt. Tit. tot. J. de poena temere litig. (4, 16). Siehe §. 39, I.

aber 2) die **Pflicht der Wahrhaftigkeit** in Ansehung der Thatsachen zusammen. Hiernach soll jede Partei weder Thatsachen behaupten oder erzählen, noch anders darstellen, noch auch die vom Gegner angeführten anders beantworten, als wie sie dieselben kennt und für wahr hält. Nicht allein die Reichsgesetze, schon das Kanonische Recht[8]) hat dies den Parteien zur strengsten Pflicht gemacht. Der Hauptfall dieser Pflichtwidrigkeit ist aber, wenn die Partei gegen besseres Wissen Thatsachen leugnet, und den Beweis derselben verlangt, während deren Wahrheit ihr bekannt ist, oder wenn sie wissentlich Unwahrheiten behauptet. 3) Sodann aber ist jede der Parteien verpflichtet, ihre eigenen **positiven Anträge** oder Angriffe, seien es Klagen oder Einreden, Appellationen u. s. w., **vollständig zu begründen**[9]), mithin nicht nur alle dazu nöthigen Thatsachen vollzählig und in gehöriger Ordnung vorzutragen, weil davon die Zulässigkeit der Anträge oder Angriffe abhängt, sondern auch, so oft hierüber Zweifel obwalten können, diejenigen Rechtsgrundsätze genau anzugeben, nach welchen sie die angeführten Thatsachen beurtheilt wissen wollen. Es ist das Letztere namentlich dann der Fall, wenn entweder die Thatsachen unter mehre Rechtssätze passen, oder solche Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, welche das Gericht von Amtswegen weder zu kennen braucht, noch auch suppliren kann. Eine Folge hiervon ist die Verbindlichkeit, den Beweis derjenigen Thatsachen führen zu müssen, welche die Grundlage der Anträge bilden, ohne daß davon die an sich erlaubte Unkenntniß der Handlungen Dritter befreien könnte. — Die Richtigkeit dieses Grundsatzes überhaupt ergibt sich aber schon aus der syllogistischen Form, welche jeder positive Angriff bei gerichtlichen Verhandlungen haben muß, wie das nicht nur eine unbestrittene allgemeine Gewohnheit mit sich bringt, sondern auch dadurch anerkannt wird, daß bei dem Mangel des einen oder andern Erfordernisses der Antrag von Amtswegen zurückgewiesen werden muß. 4) Hingegen ist es mehr ein **Recht** der proceßführenden Parteien,

---

8) Jüngster Reichsabschied, §. 43. Cap. 1 de judic. in VIto (2, 1); clem. 2 de verbor. signif. (5, 11).

9) Jüngster Reichsabschied, §. 54. L. 2, 19, D. de probat. (22, 3). L. 42 D. de reg. jur. (50, 17). L. 1 C. de probat. (4, 19).

welches nur gewissermaßen auch zu einer Pflicht derselben wird, mehre vereinbare Klagen, Einreden, Beweis- und Rechtsmittel, welche in demselben Rechtsstreite als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel benutzt werden müssen oder sollen, vereinigt vorzutragen, wenn sie in der beabsichtigten Weise wirken sollen[10]). Hierauf beruht das Eventualprincip, vermöge dessen der Gegner verpflichtet ist, sich auf alle cumulirte Angriffs- oder Vertheidigungsmittel gleichzeitig einzulassen, sollten auch einige derselben durch die andern überflüssig zu werden scheinen. 5) Weiter sind die Parteien verbunden sich nicht zugleich vor mehren Gerichten mit einander in verschiedene Processe zu verwickeln, vielmehr die mehren vor demselben Gerichte zum Austrage zu bringen. (Siehe §. 29, I., II.) 6) Eine fernere Pflicht gebietet den Parteien, einen angefangenen Rechtsstreit nicht einseitig liegen zu lassen, noch durch Unthätigkeit oder Zurückbleiben mit den obliegenden Proceßschritten zu verzögern[11]), sondern entweder den Gegner zu befriedigen, oder dem Processe ganz zu entsagen (Comp. §. 320), oder aber ihn gehörig fortzusetzen, bis er zum Ende durchgeführt ist. Hierauf beruht das ganze Contumacialverfahren (Comp., §. 120). 7) Während des Laufes eines Rechtsstreits soll auch keine Partei den Gang desselben durch Neuerungen[12]) oder sogenannte Attentate stören, insbesondere den bestehenden Zustand, den status quo, nicht verändern, mithin den bisherigen Besitzstand in Ansehung des Streitobjects bis zur rechtskräftigen Entscheidung respectiren, namentlich nicht eigenmächtig Veränderungen, z. B. hinsichtlich der streitenden Theile durch Cessionen u. s. w. vornehmen, sondern höchstens, wenn solche Veränderungen nöthig sein sollten, bei dem Gericht ein Provisorium auswirken. Insbesondere gehört hierher das Verbot der Veräußerung eines Streitgegenstandes und der Cession einer angestellten Klage. 8) Endlich aber ist jede Partei verpflichtet, bei Verfolgung ihres Rechtsanspruchs die belei-

10) Jüngster Reichsabschied, §. 37. (Unten §. 101.)

11) L. 6, §. 4, C. de postulando (2, 6). Nov. 112, cap. 3. Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 33.

12) Tit. tot. X. ut lite pendente nihil innovetur (2, 16). Siehe Comp., §. 152, Noten d, f.

digende Schreibart in Bezug auf ihren Gegner sowol als auf das Gericht zu vermeiden[13]), mithin sich eines anständigen Vortrags selbst dann zu bedienen, wenn es auch zur Verfolgung des Rechts nothwendig wäre, Thatsachen hervorzuheben, die den Gegner nothwendig kränken müssen, z. B. um einen Erfüllungseid von seiner Seite zu verhüten.

IV. Alle diese allgemeinen gegenseitigen Rechte und Pflichten der streitenden Theile treffen die eine Partei ebenso wie die andere, und darin besteht zunächst, abgesehen von dem Verhältnisse derselben zum Gerichte, die processualische Rechtsgleichheit der Parteien vor Gericht, welche ebenso sehr in der Natur der Ansprüche aller Staatsglieder auf gehörigen Rechtsschutz begründet, als im gemeinen deutschen Rechte[14]) ausdrücklich anerkannt ist. Es bewährt sich diese Rechtsgleichheit aber noch 1) durch die gleiche Glaubwürdigkeit, welche die streitenden Theile in den Augen des Gerichts, ohne Rücksicht auf Rang, Stand, Religion und sonstige Verhältnisse, in Ansehung der im einzelnen Falle in Frage kommenden Thatsachen genießen. Auf den Richter macht daher das Behaupten der einen Partei ebenso viel Eindruck als das Leugnen der andern, und der Widerspruch, welcher hierdurch in der Ueberzeugung des Gerichts hervorgebracht wird, hat nur den Erfolg, daß das Gericht, solange nicht andere Beweisgründe von der einen oder andern Partei zu den Acten gebracht werden, sich in einer völligen Ungewißheit über die streitige Thatsache befinden muß, ohne sich erlauben zu dürfen zu Gunsten des Einen oder Andern etwas zu präsumiren, wofür nicht entweder die Gesetze eine Rechtsvermuthung aufstellen oder aus gültigen Regeln der Logik eine Wahrscheinlichkeit (s. §. 133) hergeleitet werden kann. Daher muß auch die Last der Beweisführung ohne Unterschied der Parteirolle stets den Angreifenden, den Kläger oder Beklagten, je nachdem der eine oder andere

13) L. 6, §. 1, C. de postulando (2, 6). Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 33. — Siehe Comp., §. 74, Note h.

14) L. 41 pr. D. de reg. jur. (50, 17). Non debet actori licere, quod reo non permittitur. L. 12, §. 4, C. de proximis (12, 19). Et quoniam in controversiis, quas in judiciis moveri contigerit, aequalitatem litigatoribus volumus servari — Cap. 2 X. de mut. pet. (2, 4). Cum actoris et rei eadem sit conditio.

als angreifender Theil im einzelnen Falle erscheint, treffen. In dieser Hinsicht zeigt sich aber die gleiche Glaubwürdigkeit der Parteien besonders in dem Falle, wenn die von einer Partei zu erweisenden Thatsachen durch die Beweisführung nur unvollkommen dargethan werden, bei Anwendung der gesetzlichen Mittel, wodurch das Gericht bessere Aufklärung solcher Thatsachen veranlassen soll, des Erfüllungs- oder Reinigungseides. Denn diese Eide werden ohne Rücksicht auf die Rolle des Klägers oder Beklagten derjenigen Partei auferlegt, für welche im einzelnen Falle die größere Wahrscheinlichkeit nach den vorliegenden Beweisen spricht und, sollte diese gleich sein, derjenigen Partei, welche die bessere Kenntniß von der einzelnen Thatsache hat. Sollte sich jedoch in einem solchen Falle erweisen lassen, daß die beiden Parteien ihrer persönlichen Verhältnisse wegen ungleiche Glaubwürdigkeit verdienen, und dies zu den Acten gehörig nachgewiesen werden, so soll dann allerdings auf diesen erwiesenen Nebenumstand bei der Wahl des Eides die gebührende Rücksicht genommen werden (s. §. 190). 2) Die Gleichheit der Parteien zeigt sich aber ferner in den Mitteln, welche denselben zur Geltendmachung ihres Rechts zu Gebote stehen. Wie dem Kläger die Klage und zur Entkräftung der Einreden die Repliken, so stehen dem Beklagten die Einreden und Dupliken zur Seite; bei der Beweisführung aber bleibt derjenigen Partei, welche die Beweislast nicht trifft, unbenommen den Gegenbeweis zu führen, selbst wenn dies nicht ausdrücklich vorbehalten wäre, und endlich ist die Zahl der Rechtsmittel, sobald beide Theile davon Gebrauch machen wollen, für beide gleich. 3) Endlich gehört es zur Gleichheit beider Parteien, daß gegen beide nur dieselbe Art von Zwangsmitteln zulässig ist. In der Executionsinstanz ist dieser Zwang, die sogenannte poena executionis, ein absoluter, d. h. ein solcher, wodurch Jemand ohne Rücksicht auf seinen Willen oder Wunsch unbedingt genöthigt wird, Folge zu leisten (§. 262 fg.); diese wird selbst gegen den Kläger insofern angewendet, als er auf irgend eine Weise verurtheilt worden ist, sei es in die Kosten oder in der Hauptsache, was besonders von den judiciis duplicibus gilt; während der Verhandlung und Instruction des Rechtsstreits dagegen ist derselbe nur ein hypothetischer, d. h. ein solcher, vermöge dessen der zu Nöthigende durch Androhung von

civilrechtlichen Nachtheilen in die Alternative versetzt wird, entweder seine Pflicht zu thun, oder denjenigen Nachtheilen sich zu unterwerfen, welche für den Fall der Nichterfüllung der Pflicht in Bezug auf die Proceßführung angedroht sind. Diese Nachtheile selbst nun bestehen entweder im Verlust eines processualischen Rechts, den man oft auch als Folge eines Verzichts betrachten könnte, oder darin, daß Handlungen, welche vorzunehmen waren, als geschehen betrachtet werden, obgleich sie in der That nicht vorgenommen worden sind; und kommen gegen beide Parteien gleichmäßig zur Anwendung.

V. Von dieser processualischen Rechtsgleichheit der Parteien sind aber als wahrhafte Ausnahmen nur folgende zu betrachten: 1) daß der Kläger der Unkosten wegen Caution zu bestellen[15]) hat, nicht aber der Beklagte, solange er nicht einer Widerklage sich bedient und insofern als Kläger auftritt. Aber selbst in diesem Falle denkt die Praxis nicht daran dem Beklagten die Cautionsleistung aufzuerlegen, wiewol es der richtigern Theorie nach vollkommen begründet wäre. 2) Auch ist jeder Kläger, als solcher, verpflichtet, sich bei dem nämlichen Gericht, wo er die Klage erhebt, sollte dies gleich an und für sich für ihn incompetent sein, von dem Beklagten vermittelst der Widerklage belangen zu lassen. Es ist dies für den Kläger um so drückender, als die Praxis den Grundsatz entschieden festhält: reconventionis non datur reconventio. 3) Endlich ist eine Ungleichheit der Contumacialstrafe rücksichtlich des Klägers und des Beklagten nicht zu verkennen. Denn wenn der Kläger auf eine gegen ihn wegen Berühmung von Ansprüchen erhobene Provocation die Hauptklage nicht rechtzeitig erhebt, verliert er das ganze Klagrecht, welches er hätte verfolgen können, ohne Weiteres (§. 256). Wogegen doch ein Beklagter, der sich auf die erhobene Klage nicht vertheidigt, wenigstens im ordentlichen Processe mit einem solchen Verluste nicht belegt wird, vielmehr noch den Proceß gewinnen kann, weil nach gemeinem deutschen Rechte nur vernei-

15) Siehe §. 310. Nov. 112, cap. 2. G. A. Schlayer, Die Lehre von den Cautionen im Civilproceß, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, IX, 1—52; 187—271; 281—309, insbesondere 261 fg. Bayer, a. a. O., §. 33, S. 98.

nende Einlassung auf die Klage angenommen wird (§. 162) mithin, wenn der Kläger den Klaggrund zu beweisen nicht vermag, Beklagter von der Klage entbunden wird.

VI. Weitere Ausnahmen von dem Principe der Rechtsgleichheit der Parteien im Processe sind nicht anzunehmen, die etwa noch aufzustellenden sind nur scheinbare, nicht aber reelle. Denn wenn allerdings nach den Worten der L. 8 C. de edendo 2, 1 [16]) der Kläger, was die Edition von Urkunden betrifft, in einer schlimmern Lage zu sein scheint, als der Beklagte, so ist es doch sehr zweifelhaft, ob man nicht die Vorschrift desselben Gesetzes auch auf den Beklagten anwenden müsse, wenn er wahrhafter Einreden sich bedient und dazu der Edition von Urkunden ebenfalls bedarf. Da sich nämlich jenes Gesetz auf allgemeine Rechts- und Billigkeitssätze bezieht und nichts Singuläres verordnen will, so ist man nach den Vorschriften der L. 1 D. de except. (44, 1) gewiß berechtigt, auch auf den Beklagten, sobald er sich durch wirklich neue Angriffe vertheidigt, das anzuwenden, was vom Kläger in jener gesetzlichen Vorschrift ausgesprochen ist. — Mit weit geringerm Scheine des Rechts läßt sich behaupten, daß die Bestimmungen in L. 125 D. de reg. jur. auf eine solche Rechtsungleichheit zwischen Parteien hindeuten. Denn jene Stelle ist nicht blos vom Kläger, sondern von jeder angreifenden Partei zu verstehen. Sie bezeichnet nur den Vorzug des Angegriffenen (mag dies der Kläger oder der Beklagte sein), welcher eintritt, insofern als jede angreifende Partei verpflichtet ist, ihre Angriffe genügend zu begründen, während der Angegriffene, wenn dies mislingt, von selbst gewinnt, ohne etwas Positives zu leisten.

16) L. 8 C. de edendo (2, 1). Et quae a Divo Antonino — et quae a me rescripta sunt, cum juris et aequitatis rationibus congruunt. Nec enim diversa sunt vel discrepantia: quod multum intersit, an ex parte ejus, qui aliquid petit, quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit, quod utique ipsa rei aequitas suadet; an vero ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi, quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari. — L. 1 D. de except. (44, 1). Agere etiam videtur is, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. — L. 125 D. de reg. jur. Favorabiliores rei potius, quam actores habentur.

Dieser Unterschied liegt in der Natur der Sache und ist bei beiden Parteien unvermeidlich. Mit Rücksicht auf diesen stets mit dem ersten Angriffe verbundenen Nachtheil kann es daher dem Gerichte nicht freistehen, die Rollen des Klägers oder des Beklagten willkürlich zu vertheilen. Die Gesetze[17]) haben deshalb auch in dem Falle, wo beide Theile angreifende sein könnten, zur Sicherung der Unparteilichkeit die Entscheidung nicht dem Richter, sondern der Priorität der Zeit und im Nothfalle dem Loose überlassen. — Wenn übrigens allerdings auch noch nach dem jetzigen Kanzleistyle zwischen den Parteien manche Ungleichheit in den Formen der Ausfertigungen sich zeigt, so begründet diese doch keine reelle Verschiedenheit zum Nachtheile des Einen oder Andern, sondern betrifft lediglich eine äußere Form ohne weitern reellen Erfolg. Selbst endlich der privilegirte Gerichtsstand, dessen sich namentlich in Deutschland Manche zu erfreuen haben, kann als wahrhafte Ungleichheit zwischen den Parteien nicht angesehen werden, da auch in solchen Fällen für eine gleiche Instanzenzahl gesorgt ist.

§. 39.

b) Insbesondere deren gegenseitige Rechte und Pflichten.

I. Damit nun die von den Gesetzen den Parteien auferlegten Pflichten erfüllt und die gesetzlich anerkannten Rechte derselben möglichst ungekränkt ausgeübt werden können, sind eigenthümliche Maßregeln in den Gesetzen getroffen, welche eine Verletzung jener Pflichten theils durch Controle über die geschehene Pflichterfüllung, theils durch Bestrafung der Pflichtverletzung zu verhindern bezwecken. Zu diesen Maßregeln gehören besonders der allgemeine und specielle Gefährdeeid, welcher bald durch das Gericht von Amtswegen auferlegt, bald von einer Partei dem Gegner angesonnen werden kann, wenn derselbe Argwohn hat, daß eine Pflichtverletzung von jener Seite vorliege[1]). In dieser letztern

---

17) L. 14 D. de judic. (5, 1).

1) Jüngster Reichsabschied, §. 43. Glück, Commentar, XIV, §. 807—810. Bayer, Civilproceß, §. 29, S. 87 fg. Schmid, Handbuch, §. 73, S. 217 fg. (Unten §. 312.)

Richtung aber ist dieser Eid auch jetzt noch anwendbar, während der allgemeine Gefährdeeid nicht mehr erfordert wird. — Ferner ist dazu zu rechnen die jedem angreifenden Theile obliegende Pflicht der Edition von Urkunden, wovon bereits oben §. 38, VI., gehandelt wurde; endlich aber die, besonders durch die deutschen Gesetze jeder angegriffenen Partei auferlegte Pflicht sich auf die vom Gegner behaupteten Thatsachen nicht blos allgemein hinsichtlich deren Wahrheit zu erklären, sondern die Thatsachen in ihre einzelnen Bestandtheile zu zergliedern und speciell zu beantworten, um allen Mentalreservationen vorzubeugen und desto genauer zu sehen, wieweit Jemand gegen besseres Wissen und Gewissen die Wahrheit geleugnet habe (siehe §. 100). — Die für begangene Pflichtverletzungen im Proceß angedrohten Strafen bestehen aber nicht sowol in eigentlichen Criminalstrafen, soweit nicht in der Pflichtverletzung ein wahres Verbrechen enthalten ist (z. B. bei dem Meineid, der Fälschung), als in Privatstrafen, welche der verletzten Partei zugleich einen Nutzen gewähren. Diese Privatstrafen selbst aber sind nicht von gleicher Bedeutung, indem theils wirkliche Vermögensnachtheile, theils nur eigenthümliche processualische Nachtheile darunter begriffen sind. Die erstern umfassen diejenigen Fälle, in welchen durch die Gesetze dem leugnenden Beklagten, wenn er der vorsätzlichen Unwahrheit überführt wurde, das Doppelte der Schuld zu Gunsten des Klägers auferlegt ist[2]); die letztern dagegen sind der Zahl nach viel häufiger und haben wichtigen Einfluß auf die Beurtheilung eines Rechtsstreits. Es sind dahin aber zu rechnen 1) die Verbindlichkeit eines Beklagten, qui liti se obtulit, hinterdrein als fingirter Besitzer dem Kläger zu haften und diesen möglichst zu entschädigen (s. §. 37, III.); 2) der Verlust des Besitzes für denjenigen Beklagten, welcher die Einrede der laudatio auctoris ohne Erfolg vorschützte[3]),

---

2) §. 26 J. de action. (4, 6) — at illae, id est damni injuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quae de his competit, quae relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem, ante quam jussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

3) L. 2 C. ubi in rem (3, 19).

und eben deshalb den Civilbesitz fälschlich geleugnet zu haben scheint; 3) die Verbindlichkeit derjenigen Partei für die ganze Schuld zu haften, welche auf gerichtliches Befragen ihre Erbportion in Rücksicht dieser Erbschaftsschuld unrichtig angegeben hat[4]); 4) die ungewöhnliche Beweislast, welche den Beklagten trifft, wenn er auf die erhobene condictio indebiti fälschlich geleugnet hat, das Geld empfangen zu haben. Denn wird dies bewiesen, so hat der Kläger nicht darzuthun, daß die Schuld eine Nichtschuld sei, sondern der Beklagte kann nur noch mit dem Beweis gehört werden, daß ihm das fragliche Geld gebührt habe. Auf gleiche Weise wird bei der Reivindication der Beklagte, welcher fälschlich den Naturalbesitz des Streitobjects abgeleugnet hat[5]), wenn er gleichwol dessen überführt wird, zur Herausgabe desselben verurtheilt, wenn er nicht sein eigenes besseres Recht an der Sache darthun kann. 5) Nicht minder ist der Verlust von Einreden[6]) als Strafe eines imputabeln, wahrheitswidrigen Leugnens gedroht, so der Verlust der Einrede das beneficium competentiae bei der actio pro socio; wenn die Societät selbst ohne Grund geleugnet wird; der Verlust der Einrede der Zahlung, wenn der Beklagte aus einem Schuldscheine belangt wird, und denselben fälschlicherweise für unecht erklärt hat; der Verlust des beneficium divisionis; wenn die Intercession, der Verlust des Rechts der noxae datio, wenn das Eigenthum an dem Thiere, welches den Schaden zugefügt hat, fälschlicherweise in Abrede gestellt worden ist; der Verlust endlich der Einrede der Falcidischen Quart, wenn bei einem dem gegenwärtigen Erben auferlegten Fideicommiß dieser dasselbe geleugnet hat, der Beweis desselben aber gleichwol geführt wird. Nur scheint in allen diesen Fällen der Beweis des wahrheitswidrigen Leugnens anders als durch Eideszuschiebung[7]) geführt werden zu müssen. Dagegen läßt sich die Strafe des Verlustes von Einreden auf andere als die angegebenen Fälle

4) L. 11, §. 3, D. de interrog. (11, 1).

5) L. ult. D. de rei vind. (6, 1). L. 1, 17, D. de interrog. (11, 1). Comp., §. 182, Note i.

6) L. 4 pr. 5 D. de interrog. (11, 1). L. 67, §. 3, D. pro socio (17, 2). L. 10, §. 1, D. de fidejuss. et mand. (46, 1). Nov. 18, cap. 8 et 10. Glück, Commentar, VI, 182 fg.

7) L. 30 pr. D. de jurejur. (12, 2).

nicht ausdehnen, theils weil alle ausdehnende Erklärung von Strafgesetzen an sich bedenklich ist, theils weil die Gesetze, wenn ihre Absicht dahin gegangen wäre, einen allgemeinen Verlust der Einreden Jedem, der sich wahrheitswidrig auf den Angriff des Gegners eingelassen hätte, gedroht, nicht diese einzelnen Fälle aufgezählt haben würden. Wenn man aber behauptet hat, daß diese processualischen Nachtheile des Römischen Rechts jetzt nicht mehr Anwendung finden könnten, so ist das unrichtig, einmal, weil sie in vielen deutschen Proceßordnungen [8]) wiederholt sind, und dann weil bei ihnen die Zweifel nicht eintreten, welche der Zulässigkeit der Privatgeldbuße des Römischen Rechts jetzt entgegengesetzt werden können, wiewol auch dabei die richtigere Meinung für deren Anwendbarkeit spricht. 6) Endlich aber muß noch der Strafe gedacht werden, daß alle diejenigen Urtheile, welche durch verfälschte Urkunden, bestochene Zeugen oder Gerichtspersonen oder durch Meineid veranlaßt sind, die Rechtskraft gar nicht beschreiten [9]), sondern an einer unheilbaren Nichtigkeit leiden, und daß diejenige Partei, welche den Richter, obgleich sie ein vollkommenes Recht für sich hatte, bestochen hat, dieses gute Recht deshalb verlieren soll.

II. Neben allen diesen speciellen Strafen einer Chicane und Temerität im Proceßführen sprachen die ältern Juristen von einer poena generalis solcher Illegalitäten und verstanden darunter die Verurtheilung zum Kostenersatz [10]) an den Gegner. Denn verleitet durch einige Aeußerungen des Römischen Rechts und Kanonischen Rechts [11]), betrachtete man diese Verurtheilung als eine

---

8) Z. B. die erläuterte sächsische Proceßordnung, Tit. 16, §. 3. Weimarische Proceßconstitution vom 1. Dec. 1775, §. 8.

9) Tit. tot. C. de poena judicis (7, 49). L. 2 i. f. D. de condict. ob turp. caus. (12, 5). L. 7 C. quando provoc. (7, 64).

10) Im Allgemeinen: Weber, Ueber Proceßkosten u. s. w. (Hannover 1805). v. Schmidt-Phiseldeck, Beitrag zur Lehre von den Proceßkosten (Helmstedt 1793). Gensler, Commentar, Abh. 6, S. 190—456. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, §. 70, S. 193 fg. Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Proceßrechts (Frankfurt 1849), S. 102 fg. Bayer, Civilproceß, §. 24—27.

11) L. 13, §. 2, C. de judiciis (3, 1). Cap. 5 X. de dolo et cont. (2, 14). Cap. 4 X. de poenis (5, 37). Comp., Note k.

wahrhafte Strafe[12]), welche theils den Dolus theils die Culpa treffen müsse, und leitete daraus mancherlei Folgerungen her, die auch in einzelne ältere Landesgesetze übergegangen sind, z. B. daß eine solche Verurtheilung nicht stattfinde, wenn beide Theile verwandt oder der Beweis durch Eid geführt worden, dann vielmehr die Kosten zu compensiren seien. Unter der Kostencompensation verstand man aber in der Kunstsprache, daß die unterliegende Partei ihrem Gegner die Proceßkosten nicht zu erstatten habe, sollten auch die Quantitäten der beiderseits aufgewendeten Unkosten höchst ungleich sein. Zwar haben schon einige ältere Schriftsteller die Richtigkeit dieser über die Kostenerstattung angenommenen Ansicht bezweifelt, allein ohne den Erfolg, welchen die hierüber von Adolf Dietrich Weber in Rostock gelieferte Abhandlung gehabt hat. Es ist darin die Unrichtigkeit jener ganzen Straftheorie nachgewiesen und gezeigt, daß im Civilproceß die Verbindlichkeit, die erwachsenen Proceßkosten zu erstatten, als ein Schadenersatz zu betrachten und nach den Grundsätzen der Vergütung eines widerrechtlich gestifteten Schadens zu beurtheilen sei. Diese Ansicht ist dann auch in den neuern Gesetzgebungen ohne Unterschied angenommen und von der Praxis insoweit anerkannt worden, als nicht etwa ältere ausdrückliche Bestimmungen der Landesgesetze entgegenstehen. — Die Richtigkeit der Weber'schen Theorie sowol als die Widerlegung der frühern Ansichten ergibt sich zunächst daraus, daß der Ausdruck des Römischen Rechts „poena" nicht selten im uneigentlichen Sinne gebraucht und damit jeder Nachtheil angedeutet wird, den sich Jemand durch seine Schuld zugezogen hat, sollte er auch bei ganz erlaubten Rechtsgeschäften eingetreten sein[13]). Es rechtfertigt daher der in den wenigen Stellen des Römischen und Kanonischen Rechts vorkommende Ausdruck „poena" die ältere Ansicht von der Pflicht des Kostenersatzes nicht, sondern steht ihr sogar entgegen. Denn jede eigentliche Strafe muß, namentlich wenn sie in Geld besteht, etwas vom Schadenersatz ganz Verschiedenes enthalten, welches

12) Hennemann, Beitrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten (Schwerin 1789). Emmerich, Ueber Proceßkosten (Göttingen 1791).

13) Z. B. Nov. 2, cap. 2, §. 1 et cap. 3. L. 15 C. de usur. (4, 32). L. un. C. de his quae poen. nom. (6, 41).

entweder einem andern Subjecte als dem Beschädigten zukommt, oder, wenn dies auch nicht der Fall wäre, jedenfalls mehr als den Werth des erlittenen Schadens umfaßt[14]). Die Proceßkosten aber werden nie einem Andern als der Partei erstattet, welche sie verlegt hat, und diese bekommt nie mehr wieder, als sie ausgelegt zu haben bescheinigen kann. Dazu kommt endlich, daß ausdrückliche Bestimmungen der Gesetze[15]) den Kostenersatz denjenigen Strafen entgegengesetzt haben, welche unter besondern Umständen des einzelnen Falles neben der Kostenerstattung einer illegal handelnden Partei dictirt werden können und sollen. Dagegen fällt es leicht in die Augen, daß die Proceßkosten, welche eine Partei auslegt, eine Vermögensverminderung und ein Aufwand sind, zu welchem die Partei dadurch genöthigt wurde, daß sich der Gegner herausgenommen hat, deren Recht zu hindern, und sie nun dagegen gerichtliche Hülfe suchen mußte, welche unentgeldlich nicht zu haben ist. Ergibt sich nun in der Folge, daß diese Hinderung ungerechtfertigt war, so betrachtet man den Gegner, welcher die Rechtsausübung hinderte, als die Ursache jenes Schadens und verlangt von ihm, wie bei allen illegalen Beschädigungen, mit Recht den Ersatz des Schadens, den er auf solche Weise gestiftet hat. Zwar kann hierbei die Lex Aquilia weder direct noch utiliter zum Grundprincip der Beurtheilung genommen werden, weil deren eigenthümliche Voraussetzungen auf diese Art von Schadenzufügung nicht passen; allein die allgemeinen Grundsätze vom Ersatze eines widerrechtlich gestifteten Schadens, welche bei Delicten aller Art angewendet werden, geben auch hier die analog richtigen Gesichtspunkte an die Hand[16]).

III. Vermöge dieser allgemeinen Grundsätze würde es 1) unrichtig sein, wenn man jede Partei, welche einen Rechtsstreit verloren hat, ohne Weiteres in die Kosten verurtheilen wollte, wie dies allerdings nach einigen neuern Proceßordnungen geschehen

---

14) L. 7, §. 2, D. de falso tut. (27, 6). Quod ait Praetor „quanti ea res est" magis puto non poenam sed veritatem his verbis contineri. L. 13, §. 2, C. de judiciis (3, 1). Nov. 82, cap. 10.

15) L. 4, 5, C. de fructibus (7, 51). Jüngster Reichsabschied, §. 119.

16) Anderer Meinung sind Bayer, a. a. O., S. 79; Dernburg, a. a. O., S. 124 fg.

soll. Denn aus dem Verluste des Processes folgt nicht, daß diejenige Partei, welche unterlegen hat, bei der Rechtsverfolgung widerrechtlich gehandelt habe, da theils die Beschaffenheit der Thatsachen des einzelnen Falles, die ihr etwa unbekannt waren oder sein konnten, theils der Zustand der Gesetzgebung, welcher so manche Rechtsfrage zweifelhaft läßt, es vollkommen entschuldigen können, wenn von der besiegten Partei ein Rechtsstreit in der vollen Ueberzeugung der Gerechtigkeit ihrer Sache geführt wurde. Daher muß in jedem einzelnen Falle auch noch erhellen, daß die verlierende Partei nach den Grundsätzen der juristischen Zurechnung zur Schuld bei Führung des Processes widerrechtlich gehandelt habe, und nur wo dies der Fall ist, kann von einer Verurtheilung des unterliegenden Theils in die Kosten des Rechtsstreits die Rede sein, während in allen andern Fällen die Compensation derselben völlig gerechtfertigt erscheint. — Eine solche Zurechnung zur Schuld ist aber 2) nicht auf den Dolus, die vorsätzliche Beschädigung, beschränkt, sondern umfaßt ebenso die Culpa [17]), welche der proceßführenden Partei zur Last fällt. Es ist das in Ansehung der lata culpa, weil diese nach allgemeinen Rechtssätzen dem dolus bei der Pflicht zum Schadenersatze gleichsteht, unzweifelhaft, rücksichtlich der levis culpa dagegen bestritten. Nach der richtigern Meinung aber muß auch diese hinreichen, um den Besiegten in die Kosten des Processes zu verurtheilen. Denn da das Proceßführen sich nicht auf ein Contractsverhältniß gründet, muß auch der dadurch verursachte Schaden, als außerhalb des Contractsverhältnisses zugefügt, betrachtet werden. In solchen Fällen ist aber der durch jede Schuld verursachte Schaden zu ersetzen, auch ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Gegners

17) L. 4 C. de fruct. (7, 51). Non ignoret is, cujus ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quodsi culpa sua fuerit dilata cognitio — — pro calumnia quidem poenam luat legibus constitutam, pro pecuniaria vero causa, post sumtus considerata quantite postulatorum, vel medii itineris intervallo, condemnationem pro aestimatione judicis sustinebit. L. 226 D. de verbor. signif. (50, 16). Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. L. 1, §. 1, D. si mensor (11, 6). L. 5, §. 15, D. ut in possess. legat. (36, 4). L. 8, §. 3, D. de precario (43, 26). L. 1, §. 5, D. de oblig. et act. (44, 7). Hasse, Culpa, S. 28 u. 95.

(culpa in concreto), weil man sich seinen Gegner nicht wählen kann, sondern den die Rechtsausübung Hindernden ohne Weiteres als Gegner annehmen muß. Eine nicht zu entschuldigende Culpa ist aber dann immer vorhanden, wenn eine Partei ihre eigenen oder gemeinschaftliche Handlungen in Abrede stellt und dadurch deren Beweis nöthig macht; sowie ferner, wenn dieselbe den deutlichen und unbestrittenen Inhalt der im Lande geltenden Gesetze auf eine unrichtige Theorie sich stützend bezweifelt und gegen deren Inhalt Grundsätze aufgestellt hat, auf welche sich der ganze Proceß bezieht. Dagegen ist die wahrhafte Unkenntniß einer fremden Handlung der Partei, welche daraufhin unterliegt, dann nicht zur Schuld zuzurechnen, wenn diese fremde Handlung nicht die Grundlage ihres Angriffs bildete[18]), sondern die Partei sich dagegen nur zu vertheidigen hatte. Zweifelhafter dagegen ist es, wo die Entscheidung des Rechtsstreits auf streitigen Rechtsfragen beruht, ob da von einer Schuld der Partei, welche unterliegt, die Rede sein könne. Im Allgemeinen wird sich dies aber nicht bestimmen lassen, vielmehr nur nach den individuellen Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen sein. Es wird dabei sowol auf den Grad der Dunkelheit der Gesetze, als auf die Qualität der betheiligten Person, welche den Proceß verlor, ankommen, ob sie juristische Kenntniß in besonderm Grade besitzen mußte und zu besitzen behauptete. 3) Soll aber über das Verschulden einer Partei in Ansehung des ganzen geführten Rechtsstreits ein richtiges Urtheil gefällt werden, so kann das früher nicht, als bei dem Definitiverkenntniß geschehen, weil man dadurch erst erfährt, welche von den Parteien Recht behält und auf welche Gründe ihr Sieg sich stützt. Daher ist es ein ganz natürliches Princip, daß die Entscheidung über die Kosten des ganzen Rechtsstreits bis zum endlichen Erkenntnisse ausgesetzt bleibt, und daß sich dieses von selbst versteht, sobald die Zwischenerkenntnisse den Kosten-

---

18) L. 42 D. reg. jur. (50, 17). Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. — Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam, si agat; nam plane qui agit certus esse debet: cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere. L. 99 ibid.

punkt unberührt lassen. Schweigt dagegen das Enderkenntniß ebenfalls darüber, dann muß angenommen werden, die Kosten seien compensirt, weil keine Verurtheilung sich von selbst versteht[19]). — Nicht das Gleiche gilt dagegen von denjenigen Kosten, welche durch einzelne Schritte oder Abschnitte des Processes veranlaßt werden. Denn sobald ein einzelner Schritt oder Abschnitt eines Processes in Ansehung seiner Zulässigkeit oder Nothwendigkeit für den obschwebenden Proceß beurtheilt werden kann, muß gleich bei dieser Gelegenheit, mag die Hauptsache ausgehen wie sie will, über den Kostenersatz dieses Proceßabschnittes in dem Erkenntnisse, welches über diesen Schritt oder Abschnitt gefällt wird, miterkannt werden[20]). Daher z. B. die Entscheidung über die Kosten einer Appellationsinstanz oder eines Contumacialverfahrens nicht bis zum Endurtheile ausgesetzt bleiben kann, sondern unabhängig von dem Urtheile in der Hauptsache, alsbald z. B. in dem Appellationsgerichtserkenntniß zu erfolgen hat. 4) So oft dagegen bei der Entscheidung der Hauptsache beide Parteien antheilig den Sieg davon tragen, pflegt man nach einer ziemlich feststehenden Praxis schon deshalb auf Compensation der Proceßkosten zu erkennen, ohne sich um die Proportion zu bekümmern, welche zwischen den Punkten, in welchen die eine und die andere Partei gesiegt hat, obwaltet, und ohne zu erwägen, ob bei den einzelnen Punkten, in welchen gesiegt wurde, ein gleich großer Kostenaufwand veranlaßt worden ist. Eine solche Praxis findet jedoch in den Gesetzen überall keine Begründung, vielmehr verstößt sie gegen allgemeine Principien, indem der Sieg in einem Nebenpunkte nie die Compensation der Kosten in der Hauptsache rechtfertigen kann. Sollte aber auch durch die Entscheidung in verschiedenen Hauptpunkten ein gemischter Ausgang des Rechtsstreits herbeigeführt werden, z. B. bei mehren cumulirten Klagen, so muß dann jeder einzelne Streitgegenstand für sich auch in Ansehung der Kostenerstattung geprüft und beurtheilt werden, so daß eine Compensation der Kosten nur dann eintreten kann, wenn die

---

19) L. 3 C. de fruct. (7, 51) v. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, I, 154. Gensler, a. a. O., S. 450. Comp., §. 90, Note m.

20) L. 15 C. de judic. (3, 1). Nov. 49, cap. 1. Martin, De juste suspendendo judicio de expensis (Göttingen 1796).

durch die verschiedenen beiderseitigen Ansprüche veranlaßten Kosten in der Quantität einander gleichkommen, also eine wahre Compensation des gleichen Aufwandes stattfinden kann[21]). — Nach preußischem Rechte hat man statt dessen die nicht unzweckmäßige Bestimmung für Beurtheilung von dergleichen Fällen gegeben, daß sämmtliche Proceßkosten beider Theile zusammengerechnet werden, und nun nach intellectuellen Theilen der eine oder andere zum Kostenersatz verurtheilt wird, je nachdem diejenigen Streitpunkte, in welchen er obsiegt, gegen diejenigen, in welchen er unterlag, mehr oder weniger überwiegen, also z. B. der eine Theil in $3/4$, der andere in $1/4$ der Proceßkosten verurtheilt wird. 5) Wird aber eine Partei in die Kosten des Rechtsstreits, seien es alle oder nur ein Theil derselben, verurtheilt, so ist sie darum noch nicht verpflichtet, die ganze Quantität der Auslagen ihres Gegners uneingeschränkt zu erstatten, vielmehr nur diejenigen Auslagen, deren juristische Nothwendigkeit oder Unvermeidlichkeit sich im einzelnen Falle ergibt. Es ist jedoch diese Nothwendigkeit keine concrete, z. B. ob im einzelnen Falle ein Gegenbeweis nöthig war, weil die Bestimmung der L. 4 C. de edendo eintrat, was sich im Voraus nicht beurtheilen ließ, sondern eine abstracte, so daß nur dasjenige zu ersetzen ist, was die Sicherstellung des Sieges rechtlich erforderte. Dagegen bildet Alles, was in dieser Hinsicht nicht erforderlich war, oder was mit der regelmäßigen Gerichtsverfassung nicht übereinstimmt, einen willkürlichen Aufwand, der in keinem Falle ersetzt zu werden braucht, z. B. die Kosten der Actenversendung (§. 299) in Fällen, wo sie durch die Gesetze nicht vorgeschrieben ist. Nach diesen Grundsätzen ist der Betrag der im einzelnen Falle zu ersetzenden Kosten festzustellen. 6) Sollten insbesondere mehre Streitgenossen in die Kosten verurtheilt werden, so geschieht das zwar in der Praxis nie mit der Bestimmung, daß die Haftpflicht der Einzelnen eine solidarische sei. Gleichwol muß nach der richtigen Theorie die Haftpflicht der mehren Streitgenossen als eine solidarische betrachtet werden, indem es sich um die Verbindlichkeit der Schadloshaltung aus einem widerrechtlichen Betragen handelt und in diesem Falle die solidarische Haft-

21) Geiger und Glück, Rechtsfälle, Bd. 2, Abh. 18. Seuffert, Archiv, II, 224, 228; III, 110.

pflicht der einzelnen Schuldigen Regel ist[22]). Man kann aber diese solidarische Haftpflicht für Erstattung der Proceßkosten rücksichtlich der Streitgenossen nur insofern behaupten, als durch gemeinschaftliche Proceßschritte derselben die Kosten verursacht, nicht aber durch besondere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einzelner Streitgenossen veranlaßt worden sind; denn insoweit würden diese allein dafür zu haften haben. Es ist daher für den Sieger in einem Rechtsstreite, welcher sich veranlaßt sieht auf dem Grunde der Correalpflicht die solidarische Haftpflicht gegen einen oder den andern Streitgenossen geltend zu machen, besonders wichtig das verurtheilende Erkenntniß, bevor es die Rechtskraft beschreitet, wohl zu prüfen, ob es die Bestimmung der solidarischen Haftpflicht enthält.

IV. Von den bisher über den Ersatz der Proceßkosten vorgetragenen Regeln treten einige, jedoch seltene Ausnahmen ein, in welchen der Sieger entweder die Kosten, welche er aufgewendet hat, nicht erstattet bekommt, oder auch zur Erstattung derselben an den unterliegenden Theil verurtheilt wird. Das Erstere gilt insbesondere von den Liquidationskosten im Concurse der Gläubiger, indem diese, wenn auch die angemeldete Forderung für richtig erkannt und gehörig locirt wird, dennoch nicht erstattet werden. Der Grund hierfür liegt in der Eigenthümlichkeit des Concursverfahrens, welches eine unzureichende Masse voraussetzt, wobei die übrigen in gleicher Lage befindlichen Gläubiger nicht verpflichtet sein können die Kosten zu erstatten, die ohne ihre Schuld und Veranlassung entstanden sind. Der Ersatz dieser Kosten kann daher nur dann und zwar von dem Cridar gefordert werden, wenn dieser zu besserm Vermögen gelangt. — Dagegen aber wird der Sieger auch zur Erstattung der Kosten an den Gegner verurtheilt, einmal, wenn er hartnäckig gegen richterliche

22) L. 11, §. 2, D. ad leg. Aquil. (9, 2). L. 1 C. si plur. una sent. (7, 55). Martin und Walch, Magazin, I, Heft 3, S. 377 fg. — Anderer Meinung ist das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden; s. v. d. Nahmer, Sammlung merkwürd. Entscheidungen, I, 256, in Bezug auf Leyser, Sp. 34, m. 4 und L. 2 (wol L. 1) C. de consort. (3, 40), ohne daß darin für die Behauptung etwas enthalten wäre, da die Hauptschuld, ungeachtet dieses Gesetzes, eine solidarische sein kann.

Verfügungen ungehorsam gewesen und dadurch die Veranlassung zu einseitiger Fortsetzung des Rechtsstreits ist, gleichwol aber nach Lage der Sache, ohne eigenes Verdienst den Proceß gewonnen hat; denn in solchen Fällen haben die Gesetze den Kostenersatz als Strafe des Ungehorsams angesehen[23]); dann aber auch, wenn die eine Partei nach dem strengen Rechte bereits verlorene Proceßrechte durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wiedererlangt, rücksichtlich der Kosten dieses Restitutionsverfahrens. Denn diejenige Partei, welche ihre Zwecke so erreicht, kann nicht verlangen, daß der Gegner ihr die Kosten erstatte, da dieser ja das strenge Recht für sich hat. Nur muß man von den zu erstattenden Kosten der Restitution diejenigen ausnehmen, welche durch ein ungerechtfertigtes Betragen des Gegners, z. B. wissentliches Ableugnen wahrer Thatsachen, unnöthigerweise veranlaßt worden sind.

V. Ganz unabhängig und verschieden von der bisherigen Erörterung der Parteipflicht, dem Gegner die ausgelegten Proceßkosten wiederzuerstatten, ist die Frage, ob und wann eine Partei berechtigt sei sogar einen Vorschuß zu künftigen Proceßkosten von dem Gegner zu fordern, möge dies vor Beginn des Rechtsstreits oder während des Laufes desselben geschehen. Die allgemeine Regel ist sowol nach positiven Gesetzen[24]), als nach

23) L. 13, §. 2, C. de judic. (3, 1). Si autem ex gestis apud se habitis parte actoris minime inventa, possit invenire viam, qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, etiam absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit pro eo ferre sententiam non moretur — expensis tantummodo litis — condemnatione excipiendis, quia hanc poenam actori propter solam absentiae contumaciam imponimus, nullo penitus ei regressu ad eandem litem conservando. Kammergerichtsordnung von 1555, Tit. 42, §. 3. „Würde aber der Kläger ungehorsam erscheinen, so sollen alsdann auf des Antworters Begehren, Kammerrichtere mit endlicher Erkänntnüß fortfahren und nach Gestalt der Sachen für den Kläger oder Antworter erkennen — was recht sein wird, doch in allewege der Gehorsame, obgleich derselbe die Urtheil verloren hätte, den Gerichts-Kosten abzulegen nicht schuldig sein." Daselbst, Tit. 43, §. 4 a. E. „Und ob für den ungehorsamen Theil (den Beklagten) würde gesprochen, soll doch der gehorsame Kläger der Kosten und Schaden erledigt werden." — Die von Gensler, Handbuch, I, 430 (Ausg. 2), aufgezählten Fälle gehören nicht alle hierher.

24) L. 17 D. de tutel. et rationib. (27, 3). Cum hoc ipsum quaeratur, an aliquid tibi a tutoribus vel curatoribus debeatur, non

der Natur der Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien gegen die Anforderung eines solchen Vorschusses. Allein ausnahmsweise wird ein solches Begehren allerdings in folgenden Fällen mit Recht gebilligt: 1) wenn die Partei, welche den Vorschuß verlangt, zu ihrem Gegner in einem solchen Verhältnisse steht, daß dieser rechtlich verpflichtet ist, jene vor Gericht zu vertreten[25]), z. B. der Ehemann die Ehefrau, der Hausvater seine Hauskinder. Denn da, wenn diese Personen mit einander in einen Rechtsstreit verwickelt werden, die Vertretung nicht von dem eigentlich Verpflichteten geschehen kann, so bringt es die Natur des besondern Rechtsverhältnisses zwischen beiden mit sich, daß in solchen Fällen die Vertretung wenigstens subsidiär durch andere Personen erfolge, jedoch auf Kosten Dessen, der ursprünglich zu der Vertretung verpflichtet war, also des Gegners. Sollten daher die zu vertretenden Personen eigenes Vermögen nicht, oder doch dessen Besitz und Nutznießung nicht haben, so würde ein Kostenvorschuß vom Gegner gefordert werden können; jedoch nicht etwa weil im Voraus angenommen werden müßte, der Gegner habe Unrecht, sondern nur in Gemäßheit der ihm obliegenden Pflicht der Beschützung und Vertretung. Es bleibt jedoch der Partei, welche den Vorschuß leistet, unbenommen, denselben demnächst dem Schützling anzurechnen. — Wenn man dagegen behauptet hat, daß diese Vorschußpflicht bei allen Personen eintrete, welche einander zu Alimenten verbunden sind, so ist das unrichtig; denn die Alimentationspflicht an sich erstreckt sich so weit nicht, sobald sie nicht mit der Schutzpflicht verbunden ist. 2) Ein anderer solcher Fall kommt besonders dann vor, wenn beide Parteien in ausgemachter allgemeiner Gütergemeinschaft bis jetzt mit einander stehen, das Gesammtgut sich aber in den Händen der einen Partei allein befindet, von welcher der Kostenvorschuß verlangt wird. 3) Endlich wird hierher der Fall gerechnet, wo die eine Partei das ganze Vermögen der andern verwaltet und noch keine Rechnung darüber

---

habet rationem postulatio tua, volentis in sumtum litis ab his tibi pecuniam subministrari. Gensler, a. a. O., S. 232. v. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, II, 31. Schmid, a. a. O., §. 70, S. 205.

25) L. 2 D. de injur. (47, 10). Quodsi viro injuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore aequum est.

abgelegt hat, jedoch zugesteht, daß ein Ueberschuß von ihr an den Gegner herauszuzahlen sei — also nach der Litiscontestation. In diesen Fällen wird ein Kostenvorschuß als eine Art Abschlagszahlung auf die künftige Leistung, zu welcher der Beklagte verurtheilt werden wird, angesehen. Das kann aber überall da geschehen, wo der Beklagte einen solchen Ueberschuß nicht bestreitet und nur das Mehr den wahren Streitgegenstand ausmacht. Denn dann wird nach Analogie der L. 21 D. de rebus creditis (12, 1)[26]) die liquide Schuld von der illiquiden getrennt und jene, weil kein Streit darüber ist, zur sofortigen Auszahlung angewiesen. Nur wird in solchen Fällen vorausgesetzt, daß die eigene Sicherheit des Beklagten durch diese Herauszahlung nicht leide, also eine Caution der Proceßkosten wegen, die er etwa verlangt hat, auf andere Weise bestellt sei, widrigenfalls er ein Retentionsrecht an solchen Summen mit Recht übt, welche den Betrag der Caution nicht übersteigen. — Etwas ganz Verschiedenes hiervon ist das Rechtsverhältniß eines Gemeindemitglieds[27]), welches mit seiner eigenen Gemeinde Proceß führt. Denn dieses muß allerdings als Mitglied der Gemeinde nicht nur während des Rechtsstreits Vorschüsse und Zahlungen leisten, welche dazu verwendet werden, den Proceß gegen dasselbe zu führen, sondern auch nach beendigtem Streite zu der Kostenerstattung an sich selbst, die aus der Gemeindekasse ihm etwa zu leisten ist, seinen Antheil beitragen. Es folgt dies aber nothwendig aus der doppelten Eigenschaft als Partei und als Gemeindemitglied.

VI. Soll das gegenseitige Rechtsverhältniß der Parteien vollständig dargestellt werden, so müssen endlich die besondern Wirkungen der Streitgenossenschaft theils auf das Verhältniß zum Gegner, theils unter sich dargestellt werden. In ersterer Beziehung[28])

26) L. 27, §. 3, D. de inoff. testam. (5, 2). L. 7 i. f. C. de ord. cogn. (7, 19). Cap. 11 X. de accusat. (5, 1). L. 21 D. de rebus credit. (12, 1). Quidam existimaverunt neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi — — sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur — —

27) Leyser, Spec. 84, m. 12. Hommel, Rhaps. obs. 286. Seuffert, Archiv, II, 287.

28) Martin, im Magazin, Heft 2, S. 199 fg.; Heft 3, S. 346 fg. Comp., §. 97, 186, III.

verbindet ihre Societät sie nur die formelle Einheit des gemeinsamen Rechtsstreits nicht zu zerreißen, nicht mehre Processe aus dem einen zu machen, mithin Alles vor demselben Forum, in den nämlichen Acten und auf eine Weise zu verhandeln, welche es möglich macht, den Rechtsstreit als ein Ganzes zu Ende zu führen. Dabei bleibt es natürlich jedem Streitgenossen unbenommen, die eigenen besondern Vertheidigungsmomente neben den gemeinschaftlichen entweder in derselben Schrift oder in einer besondern gleichzeitig geltend zu machen. Von Wichtigkeit ist es dann aber, ob das Interesse des Rechtsstreits rücksichtlich des Objects oder Ausgangs ein theilbares oder nicht theilbares ist, indem das letztere eine engere Einheit der Streitgenossen herbeiführt, welche mitunter zur Folge hat, daß die Vertheidigungsmittel des Einen Allen zu Statten kommen. — Dagegen gelten rücksichtlich des Verhältnisses der Streitgenossen unter einander[29]) im Allgemeinen die Grundsätze der Societät, wenn auch nur einer theilweisen in Bezug auf den einzelnen Rechtsstreit und dessen Dauer. In dieser Beziehung haben zunächst alle Streitgenossen den gemeinsamen nächsten Zweck, obzusiegen im Rechtsstreite, durch gehöriges Handeln, durch Beiträge von Kosten, mögen diese entweder nach dem Antheile, den der Einzelne am Streitobject hat, oder, wo dies nicht möglich ist, nach der Personenzahl in gleicher Quantität vertheilt werden, beizutragen. Ist der Eine oder Andere in Erfüllung seiner Pflichten lässig, verursacht er durch eigene unstatthafte Handlungen oder durch Vernachlässigungen den übrigen Streitgenossen Schaden, z. B. durch Ungehorsam gegen richterliche Befehle, oder indem er die Mittel zum gemeinsamen Zwecke nicht anwendet, welche ihm möglich waren, bei welchen aber die Uebrigen ebenfalls betheiligt waren, z. B. durch Verweigerung eines auf die gemeinschaftliche Sache bezüglichen, ihm nicht unmöglichen Eides, so hat ein solcher den übrigen Genossen den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Weiter aber sind die Streitgenossen demjenigen von ihnen, welcher Auslagen für die gemeinsame Sache gemacht hat, diese zu ersetzen, den Gesammtgewinn aber nach den unter ihnen bestehenden Verhältnissen bezüglich des Streitobjects oder nach der Personenzahl gleichmäßig zu theilen

29) Martin, a. a. O., S. 170—198.

verbunden. Die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses erstreckt sich übrigens nicht über die des gemeinsamen Rechtsstreits; es kann jedoch auch vor dessen Beendigung ein Streitgenosse durch Vergleich mit dem Gegner aus dem Processe ausscheiden, muß aber in diesem Falle seinen Antheil der bis dahin erwachsenen Kosten des Processes erlegen. Die über einen gemeinschaftlichen Rechtsstreit geführten Manualacten sind nach dessen Beendigung von dem Hauptbetheiligten oder bei gleicher Betheiligung von dem aufzubewahren, für den das Loos entscheidet. — Ist endlich das Litisconsortium ein erzwungenes [30]), weil der Gegner mit einer Klage mehre Schuldige in einem Rechtsstreite belangte, so liegt darin nicht eine stillschweigende Anerkennung einer Gemeinschaft zwischen den Einzelnen, vielmehr bleibt denselben immer noch unbenommen, über ihre Berechtigungen einen Rechtsstreit zu führen.

§. 40.

B. Vom Gerichte.

I. Begriff und Bestandtheile.

I. An die Lehre von dem einen Hauptsubjecte des gerichtlichen Rechtsstreits, den Parteien, deren Begriff, Erforderniſsen, Rechten und Pflichten, schließt sich unmittelbar die von dem zweiten Hauptsubjecte, dem Gerichte [1]), nach gleichen Rücksichten an. Denn nach Deutschem Rechte erfordert jeder bürgerliche Rechtsstreit, welcher durch die öffentliche Autorität geschlichtet werden soll, als zweites Hauptsubject ein Gericht, welches im Namen des Staats die gesuchte Rechtshülfe gewährt und zu dem Ende die Rechtsstreitigkeiten der Privatpersonen prüft und entscheidet. Während nun aber die

---

30) Arg. L. 37 D. famil hercisc. (10, 2). Glück, Commentar, XI, 12 fg. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 113, Note 42.

1) W. H. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, §. 1—80. Bayer, Civilproceß, Aufl. 8, S. 157 fg.

Lehre von den Parteien eine recht eigentlich processualische ist, weil die Parteien, um deren Rechte und Pflichten es sich handelt, als Privatpersonen auftreten, und die zwischen ihnen streitigen Rechtsverhältnisse regelmäßig privatrechtlicher Natur sind, so gehört die Lehre vom Civilgericht mehr zum Staatsrechte, weil nicht allein dessen Macht und Bedeutung lediglich vom Staate ausgeht, sondern auch die Organisation der Gerichte und was hierauf Bezug hat, Sache der Staatseinrichtung ist. Das Verhältniß der Gerichte zu den einzelnen Rechtsstreitigkeiten, ihre Anwendbarkeit bei einzelnen Rechtssachen und ihr Einfluß auf diese ist dagegen processualischer Natur, mithin hier zu erörtern.

II. Nach Deutschem und Kanonischem Rechte hat der Ausdruck: Gericht (judicium) wesentlich eine doppelte Bedeutung, eine locale, der Ort, wo Gericht gehalten wird (§. 118), und eine subjective, das Subject, welchem es vom Staate anvertraut ist, in dessen Namen die Rechtspflege zu üben. Nicht ganz stimmt damit die Bedeutung überein, welche das Wort judicium nach Römischem Rechte [2]) hat. Denn dasselbe hat allerdings auch die locale Bedeutung, nicht aber die subjective wegen der in dieser Rücksicht abweichenden Gerichtsverfassung, daneben aber noch mehre andere, welche eben hierin ihren Grund haben, indem mit judicium die Klage, der Rechtsstreit, und selbst der besondere Theil der gerichtlichen Verhandlung des Rechtsstreits, welcher mit der Litiscontestation im römischen Sinne anfängt („res in judicium deducta"), und noch weiter die Cognition des Rechtsstreits vor dem judex pedaneus, im Gegensatz zu dem, was vor dem Prätor (in jure) geschieht, bezeichnet wird. Bleiben wir nun bei der abweichenden deutschen und kanonischen, der subjectiven, Bedeutung des Ausdrucks: Gericht (judicium) hier stehen, so ist zu beachten, daß in dieser Beziehung damit theils die öffentliche oder Staatsbehörde für die Rechtspflege, ohne Rücksicht auf deren Bestandtheile, ob sie von einer Person oder einem Collegium gebil-

---

2) L. 11, 13, 14, 30, D. de judic. (5, 1). Stübel, Criminalverfahren, §. 401, 448. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 8—22.

det wird, also die juristische Person [3]), z. B. bei der Unterschrift von gerichtlichen Verfügungen, — theils der Inbegriff mehrer Individuen, aus denen jene juristische Person besteht, und denen durch die öffentliche Autorität die Functionen jener juristischen Person übertragen sind, bezeichnet wird. Die Trennung dieser beiden Begriffe, welche in subjectiver Beziehung mit dem Worte „Gericht" verbunden werden, ist aber um deswillen nothwendig und von Bedeutung, weil die juristische Person des Gerichts zwar nie stirbt, allein durch Reorganisationen der staatlichen Einrichtungen aufgehoben und neu organisirt werden kann, während die einzelnen Mitglieder durch Amtsnachfolger ersetzt werden, und weil die Verantwortlichkeit für Fehler, welche bei Behandlung eines Rechtsfalles vorkommen, nie die juristische Person, sondern nur die einzelnen Individuen trifft, von welchen jene gebildet wird.

III. Zu gehöriger Besetzung eines Gerichts werden aber nach gemeinem Recht wenigstens zwei Personen, nämlich ein Richter und ein Gerichtsschreiber, Actuar — statt dessen nach Kanonischem Recht [4]) eine persona publica, etwa ein Notar, oder zwei vollgültige Zeugen zugezogen werden können — erfordert. Dem Richter liegt die Function ob, den Geschäftsgang zu leiten, Beschlüsse in den einzelnen Rechtssachen zu fassen, insbesondere Recht zu sprechen, dem Actuar dagegen Alles, was vor dem Gericht geschieht, gehörig zu Papier zu bringen. Die Functionen des Richters und des Actuars dürfen daher zu gleicher Zeit von einem Menschen nicht ausgeübt werden (§. 42, I.).

---

3) L. 25 D. ad municip. (50, 1). Hugo, Lehrbuch des Römischen Rechts, Aufl. 7, S. 20, 28 fg.

4) Cap. 11 X. de probat. (2, 19). Quoniam contra falsam assertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus, ut tam in ordinario judicio quam extraordinario, judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant.

§. 41.

II. Erfordernisse der Gerichte. A) Absolute.

1) Gerichtsbarkeit.

I. Zur Beurtheilung der Frage, ob im einzelnen Falle ein Gericht, welches sich mit dessen Behandlung und Entscheidung gültigerweise beschäftigen könne, vorhanden sei, sind theils allgemeine oder absolute Eigenschaften, d. h. solche, wobei auf den einzelnen Rechtsstreit keine Rücksicht zu nehmen ist, als nothwendigerweise vorhanden vorauszusetzen, theils aber müssen noch concrete oder relative Eigenschaften hinzukommen, welche sich nur aus der Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsstreits und dem Verhältnisse des einzelnen Gerichts, bei dem derselbe verhandelt wird, zu diesem Rechtsstreite beurtheilen lassen. Zu den erstern gehören: die Gerichtsbarkeit und die gehörige Besetzung des Gerichts, zu den letztern: daß der Gegenstand des Rechtsstreits nicht die eigene Sache des Gerichts, daß es, sobald das Gericht nur mit Laien besetzt ist, nur eine weltliche (secularis) Sache sei, und daß es dem Gerichte nicht an der Gerichtszuständigkeit (competentia fori) fehle.

II. Wenn man nun auf das erste allgemeine Erforderniß eines Gerichts, die Gerichtsbarkeit [1]) Rücksicht nimmt, so gehört deren Erörterung eigentlich in das Staatsrecht. Denn es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß alle Gerichtsbarkeit vom Staat ausgeht [2]) und in der Verleihung, welche derselbe in dieser Beziehung gewissen Personen ertheilt, ihre Begründung findet, daher niemals ohne eine solche Verleihung der Begriff des Gerichts gedacht werden kann, vielmehr hierin der Unterschied zwischen Schiedsrichtern und eigentlichen Richtern beruht [3]). Allein

---

1) Glück, Commentar, 2. Ausg., Bd. 3, §. 184—209. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, §. 45—53. Schmid, a. a. O., S. 57 fg. Bayer, a. a. O., S. 166 fg.

2) Schmid, Lehrbuch des Staatsrechts, §. 73, S. 107. Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes, §. 287 fg.

3) L. 78 D. de judiciis (5, 1). Judicare munus publicum est. Ueber den Unterschied zwischen „judicare" und „jus dicere" nach Römischem Rechte

der Ausdruck: Gerichtsbarkeit (jurisdictio) ist in der Rechtswissenschaft, namentlich seit dem Einflusse des Kanonischen Rechts, in so verschiedenen Bedeutungen gebraucht worden, daß die Kenntniß dieser ebenso wie der verschiedenen Gattungen der Gerichtsbarkeit praktisch nothwendig und deshalb die Erörterung darüber in der Civilproceßtheorie nicht zu umgehen ist. Zuvörderst sind, besonders in Folge der Anmaßungen der Päpste, überhaupt zwei Hauptarten der Gerichtsbarkeit zu unterscheiden, jurisdictio eminens und subalterna. Denn die Päpste haben unter dem einfachen Namen der Gerichtsbarkeit sich alle Zweige der Regierungsgewalt [4]) in kirchlichen Sachen, indem sie dem Priesterthum die Gewalt, die Kirche als äußere Gesellschaft zu regieren, beilegten, angemaßt. Nach der Analogie dieser jurisdictio ecclesiastica hat man später auch das ganze Regierungsrecht eines weltlichen Regenten in Justizsachen, die sogenannte potestas judiciaria, mit dem Namen: Jurisdiction belegt, und nur durch das Prädicat sublimis oder eminens von der Gerichtsbarkeit im eigentlichen oder engern Sinne des Wortes unterschieden, indem man unter diesem Begriffe die öffentliche Gewalt eines vom Regenten getrennten, jedoch vom Staate ausersehenen Subjects — Beamten oder Privatmannes — Rechtspflege zu üben versteht, und darum das Prädicat vicaria oder subalterna hinzufügt. Diese letztere kommt nun im Römischen Rechte [5]) allein, jedoch noch in einer engern und weitern Bedeutung, vor. Denn unter jener ist die Befugniß eines

vergl. Glück, Pandekten, Ausg. 2, Bd. 1, S. 10, Nr. 12. L. 81 D. ibid. Qui neque jurisdictioni praeest, neque a principe potestate aliqua praeditus est, neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus est — nec ex compromisso sumtus — vel aliqua lege confirmatus est, judex esse non potuit. Hierzu aber vergl. die Einschränkung der L. 3 C. de jurisdict. (3, 13). Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem. Aus diesem Grunde sind auch alle Patrimonialgerichte als Gerichte des Staats zu betrachten, und nennen sich in der Titulatur, z. B. Herzoglich, und dann erst Adelig rc. Gericht.

4) Eichhorn, Kirchenrecht, I, 459 a. E. fg. Glück, Pandekten, Ausg. 2, Bd. 3, S. 129, Note 75.

5) Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 2—25. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 3, S. 36—55; §. 13, S. 135 fg. Puchta, Institutionen, II, 7 fg.

Staatsbeamten bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vermöge seines Amtes entweder selbst, oder aber durch einen judex pedaneus erörtern und entscheiden zu lassen, zu verstehen. Ausgeschlossen war also hierbei sowol die freiwillige als die Criminalgerichtsbarkeit, welche im ältern Römischen Rechte nicht an bestimmte Aemter geknüpft war, sondern speciellen Auftrag vom Volke, bezüglich Staate, voraussetzte. Selbst auch das Recht der Vollstreckung der Civilurtheile wurde weniger unter jenem Namen begriffen, als unter dem Namen imperium, welches in Civilsachen durch den Beisatz mixtum [6]) deshalb bezeichnet wurde, weil nicht leicht eine jurisdictio ohne dieses imperium vorkam. In diesem Sinne unterscheidet übrigens das Römische Recht noch den Begriff notio [7]) von der jurisdictio, denn da nicht blos die Staatsbeamten, sondern auch die judices pedanei die Erörterung und Entscheidung eines bürgerlichen Rechtsstreits vornehmen konnten, so wurde diese causae cognitio und decisio (ohne subjective Rücksicht darauf, von wem sie geschah) mit dem Namen notio objectiv bezeichnet. In der weitern Bedeutung dagegen wurde durch jurisdictio die gesammte obrigkeitliche Gewalt der Justizbeamten bezeichnet, folglich auch in Beziehung auf Behandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ohne Rücksicht auf den Ursprung dieser Gewalt, ob sie vermöge besondern Auftrags oder vermöge seines Amtes ihm zustand [8]).

III. Dieser umfassendere Begriff der jurisdictio ist aber in Deutschland um so mehr zu dem allgemein geltenden erhoben worden, weil einestheils schon im Kanonischen Rechte die Amtsgeschäfte der Justizbeamten viel mehr umfaßten, als die der Römer, namentlich Criminalsachen und die sogenannte Rechtspolizei in nicht streitigen Angelegenheiten, anderntheils eine neue Art

6) L. 3 D. de jurisd. (2, 1). Imperium aut merum est aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possesione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. L. 1, §. 1; L. 5, §. 1, D. de offic. ejus cui mand. (1, 21).

7) Glück, Commentar, Bd. 3, §. 186. Anderer Meinung ist Zimmern, a. a. O., §. 2 a. E.

8) L. 2 D. de offic. procons. (1, 16).

Gerichtsbarkeit, die Erb- oder Patrimonialgerichtsbarkeit, aus einem privatrechtlichen Erwerbstitel entstand, welche den Händen Derer, die sie verwalten, nicht leicht vom Staate unmittelbar anvertraut ist. Durch diese Eigenthümlichkeiten der deutschen Gerichtsverfassung ist nun auch der heutige Begriff von Gerichtsbarkeit dahin verändert, daß man darunter denjenigen Zweig der Staatsgewalt begreift, welcher Jemandem zu dem Ende übertragen ist, um im einzelnen Falle Namens des Staats Rechtspflege, entweder in eigener Person oder durch Stellvertreter, gehörig zu üben, nöthigenfalls auch den dazu erforderlichen Zwang entweder selbst anzuwenden oder zu veranlassen. Sie enthält daher eine Mischung der eigentlichen richterlichen und der executiven Gewalt des Staats. Die Gattungen dieser Gerichtsbarkeit sind aber in Deutschland gar mannichfaltige, und es genügt für die gültige Behandlung eines Rechtsstreits keineswegs, daß das angerufene Gericht irgend eine Gerichtsbarkeit habe, vielmehr muß dasselbe regelmäßig gerade diejenige Gattung besitzen, welche nach der Qualität der einzelnen Sache zu deren rechtsbeständiger Behandlung erforderlich ist, weil, wenn dies nicht der Fall ist, unvermeidliche Nichtigkeiten [9]) entstehen. Darum müssen die wichtigern Gattungen der Jurisdiction nach den Gesichtspunkten, unter welchen sie zusammenzufassen sind, genauer betrachtet werden. Sie unterscheiden sich aber theils nach dem Gegenstande, theils nach ihren Bestandtheilen — nach den Rechten, welche durch sie erlangt werden —, theils nach dem Rechtsgrunde des Erwerbs, theils nach dem Titel der Ausübung.

IV. In Ansehung des Gegenstandes der Gerichtsbarkeit ist nun zuvörderst Criminal- und Civiljurisdiction zu unterscheiden, von denen die erstere blos Untersuchung und öffentliche, criminelle Bestrafung von Verbrechen, die letztere blos Verhandlungen über Mein und Dein zum Gegenstande hat; wiewol die Grenzen zwischen jenen beiden Jurisdictionsarten nicht so streng gehalten sind, als man annehmen sollte. Denn bei den Criminalgerichten kommt bisweilen auch die Frage über Mein

9) L. ult. D. de jurisdict. (2, 1). Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.

und Dein zur Entscheidung, z. B. wenn wegen der Schädensansprüche aus einem Delicte adhärirt [10]) wird; dagegen umfaßt die Civiljurisdiction nicht nur die Ansprüche auf zu erkennende Privatstrafen, sondern sogar auch von den um des öffentlichen Wohles willen zu erkennenden Strafen meistens die geringern, nämlich diejenigen welche 10 Thaler Geldbuße, bezüglich 14 Tage Gefängniß bei Wasser und Brot, oder vier Wochen ohne diese Schärfung, nicht überschreiten [11]). Nähere Bestimmungen hierüber sind bei dem Mangel genauer Vorschriften des gemeinen Rechts in den Landesgesetzen zu suchen. — Die Civilgerichtsbarkeit ist nun aber je nach der Qualität des zu behandelnden Gegenstandes, ob dieser streitig oder nicht streitig ist, eine streitige (contentiosa) oder nichtstreitige, freiwillige (voluntaria), und diese wieder, je nachdem eine causae cognitio dabei erforderlich ist oder nicht, gemischte oder ungemischte (mera oder mixta). Die streitige Gerichtsbarkeit dagegen wird sodann nach dem objectiven Umfange derselben in unbeschränkte und beschränkte eingetheilt, jene, wo alle Gattungen von Civilgeschäften, welche nicht besonders ausgenommen sind, mit Rechtsbestand vorgenommen werden können, also unter der Jurisdiction begriffen sind — sie kommt daher auch sehr selten vor —, diese, wo theils nach der Quantität des Werths des Streitobjects, theils nach dessen Qualität die Competenz bestimmt ist. Schon im Römischen Rechte [12]) findet sich eine nach der Quantität des streitigen Objects, nach dem Verhältnisse dessen Werthes abgegrenzte Gerichtsbarkeit; allein nach gemeinem Deutschen Rechte ist dies wenigstens in erster Instanz sehr selten, und erst durch neuere Gesetzgebungen in einzelnen Ländern eingeführt worden, dagegen in zweiter Instanz eine nach der Quantität des Streitobjects beschränkte Jurisdiction sehr gewöhnlich. Die durch die Qualität des Streitobjects beschränkte Gerichtsbarkeit ist aber wieder eine generelle oder specielle, indem diese, als Ausnahme von der

10) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12, 207—213.

11) Martin, Lehrbuch des Criminalprocesses, Ausg. 4., §. 18 und 19. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, Bd. 2, §. 31, S. 266.

12) L. 28 D. ad municip. (50, 1). Pauli, Sent. recept., V. 5 a, §. 1. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 40, 121.

Regel, welche durch jene bezeichnet wird, entweder nur Geschäfte bestimmter Gattungen von Unterthanen, oder nur gewisse Classen eigenthümlicher Rechtsstreitigkeiten begreift. Zu diesen Ausnahmen sind nach neuerm Rechte besonders die Handels-, Bergwerks-, Militärgerichte — worüber die genauern Bestimmungen in den Landesgesetzgebungen zu finden sind —, nach gemeinem Rechte aber nur die lehnsrechtliche und geistliche Jurisdiction zu rechnen. Die Lehnsjurisdiction wird dadurch charakterisirt, daß sie es lediglich mit Rechtsverhältnissen, die in dem Lehnsverbande ihren Ursprung haben, zu thun hat, mithin blos solche Personen betrifft, welche sich vermöge eines constituirten Lehns im Lehnsnexus befinden. Die geistliche Gerichtsbarkeit dagegen gehört nur nach protestantischem Kirchenrechte hierher, weil nur nach diesem die geistliche Gerichtsbarkeit als eine vom Staate ertheilte, und durch die Qualität des Objects begrenzte zu betrachten ist. Nach katholischem Kirchenrechte ist aber dieser Gesichtspunkt nicht der richtige. Denn nach Kanonischem Rechte rührt alle kirchliche Gerichtsbarkeit von der Kirche selbst und deren Oberhaupte her, weil man im Mittelalter zwei einander coordinirte höchste Gewalten auf der Erde behauptete: die kirchliche, welche der christlichen Kirche als einer juristischen Person zustehe, und die weltliche, die Gewalt des Staats selbst. Bei der Gleichberechtigung beider Gewalten, die man annahm, hat man auf ähnliche Weise die Unterabtheilungen der kirchlichen Gerichtsbarkeit [13]) bei den Katholiken statuirt, wie sie soeben für die weltliche Gerichtsbarkeit angegeben worden sind. Dabei zeigt sich aber die Eigenthümlichkeit, daß es in geistlichen Sachen der Katholiken keine Patrimonialgerichtsbarkeit gibt, während die Protestanten diese auch hierauf ausgedehnt haben.

V. Eine **zweite** Abtheilung der Gerichtsbarkeit ist aber in Deutschland von der Ausdehnung der Bestandtheile derselben hergenommen, indem die Gerichtsbarkeit einiger Gerichte, und das ist als Regel anzusehen, alle drei Bestandtheile umfaßt, die Instruction der Sache zur Entscheidung, die Entscheidung selbst und die Vollziehung der Erkenntnisse, was man daher eine jurisdictio plena nennt. Allein es gibt auch Gerichtsbarkeiten, welche in

---

13) **Pütter**, Erörterungen, Bd. 2, §. 7, S. 27. **Glück**, Commentar III, 141 fg.

der einen oder andern Hinsicht unvollkommen sind, sei es daß sie gar nicht mehr enthalten, als das bloße Recht zur Proceßleitung — was sich am häufigsten bei ernannten Commissionen findet, sobald diesen nicht auch die Entscheidung eingeräumt ist —, sei es daß sie das Recht der Vollstreckung der Erkenntnisse, wenigstens in seinem vollen Umfange, entbehren, wenn man ihnen auch nicht jedes Zwangsrecht absprechen kann [14]). Diese letztere Art von Gerichtsbarkeit wird dann minus plena genannt, und ist wohl von der speciellen in Rücksicht des Objects zu unterscheiden, weil diese recht gut vollkommen in Bezug auf die Bestandtheile sein kann.

VI. Nach dem **Rechtsgrunde**, dem Titel des Erwerbes, unterscheidet man die Gerichtsbarkeit, je nachdem sie der Ausfluß der Verleihung des Staats (bezüglich der Kirche) ist, oder auf einem Eigenthumsrechte beruht. Die erstere (jurisdictio officialis), Amtsgerichtsbarkeit, setzt fähige Beamte voraus, welche im Stande sind in eigener Person das übertragene Amt zu verwalten. Von einer Vererbung des Rechts ist hierbei keine Rede; der Umfang und die Dauer der Gerichtsbarkeit hängt von der Willkür des Staats ab, sobald nur der damit betraute Beamte in seinem Diensteinkommen durch die Verringerung des Umfanges oder die Entziehung der Gerichtsbarkeit nicht beeinträchtigt wird. Diese **Officialjurisdiction** kann jedoch wieder von doppelter Art sein, entweder **ordentliche** (ordinaria), insofern sie mit einem in der regelmäßigen Staatsorganisation begründeten öffentlichen Amte verknüpft, oder **außerordentliche** (extraordinaria), sobald sie für einzelne Fälle übertragen ist, ohne daß ein fortbestehendes Amt dazu errichtet wird. Im Sinne des kanonischen Rechts heißt sie dann jurisdictio delegata, jetzt Justizcommission [15]). Dagegen bildet die **Erbgerichtsbarkeit**, jurisdictio patrimonialis [16]), einen Theil des Vermögens Desjenigen, dem sie

14) Nach dem Principe in L. 5, §. 1, D. de offic. ejus, cui mand. jurisd. (1, 21). Quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est.

15) Siehe §. 300 fg. **Bayer**, a. a. O., S. 171 fg. **Schmid**, a. a. O., S. 62 fg. **Richter**, Kirchenrecht, §. 194.

16) Der Ursprung derselben ist streitig, der ursprüngliche Anlaß war wol die Leibeigenschaft und die sonstigen gutsherrlichen Verhältnisse, späterhin landesherrliche, wenn auch stillschweigende Verleihung. **Runde**, Privatrecht, §. 702 fg. Vergl. überhaupt H. **Wachsmuth**, Systematische Darstellung

zusteht, und hat davon ihren Namen. Hieraus folgt dann, daß der Eigenthümer derselben nicht nothwendig die Befähigung zu ihrer Verwaltung haben muß, sie vielmehr besitzen kann, sobald er nur überhaupt befähigt ist Eigenthum im Staate zu erwerben, und daß sie ohne Einschränkung durch Erbgang oder andere Privatrechtstitel transferirt wird. Dieselbe ist aber bald der Anhang eines Grundbesitzthums, eines Guts (realis), oder das Eigenthumsrecht einer juristischen Person, einer Corporation, ohne daß ein bestimmter Grundbesitz dazu erforderlich wäre (personalis); es gilt dies Letztere besonders von der Jurisdiction der Städte. Alle Erb- oder Patrimonialgerichtsbarkeit kann aber in ihrem Umfange vom Staate nicht nach Belieben abgeändert werden, sie gehört vielmehr zu den wohlerworbenen Rechten, welche in der Regel nicht gekränkt und ohne Entschädigung nicht aufgehoben, bezüglich entzogen werden dürfen.

VII. Endlich ist rücksichtlich des Titels der Ausübung zu unterscheiden zwischen der eigenen und aufgetragenen Gerichtsbarkeit (jurisdictio propria et mandata). Jene findet da statt, wo dasjenige Subject, dem sie durch Uebertragung vom Staate oder kraft eines Eigenthumsrechts zusteht, sie in eigener Person ausübt; diese dagegen, wenn ein Stellvertreter irgend eines andern Inhabers der Gerichtsbarkeit, ohne daß jenem ein eigenes Recht an der Jurisdiction zustände, dieselbe ausübt. Es ist das heutzutage vorzüglich der Fall bei allen Gerichtshaltern der Patrimonialgerichtsherren; ferner bei allen Deputirten eines solchen Gerichts, welches keine Commissionen ernennen kann, wol aber einzelnen seiner Mitglieder bestimmte Geschäfte zu übertragen befugt ist; endlich bei denjenigen Spruchbehörden, welche in Folge der Versendung der Acten an sie Erkenntnisse fällen (§. 69). Dabei ist es jedoch gleichgültig, ob ein solcher Stellvertreter unentgeldlich oder gegen Entgeld sein Amt verwaltet. Die wichtigsten Folgen der jurisdictio mandata aber sind, daß kein Mandatar [17]) ein Submandat ertheilen kann, und daß von dem Stell-

---

der Patrimonialgerichtsverfassung (Leipzig 1809). Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 1, §. 86; Bd. 2, §. 243, 303, 310, 431. Klüber, Oeffentliches Recht, §. 368, 369. Puchta, a. a. O., I, 154—158.

17) L. 5 pr. D. de offic. ejus cui mand. (1, 21). Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est.

vertreter kein Recurs an den Mandanten stattfindet, sondern nur an das dem letztern vorgesetzte Obergericht.

§. 42.

2) Gehörige Besetzung des Gerichts.

I. Zwar gibt es ohne Gerichtsbarkeit kein Gericht, allein durch die einer Person zustehende Gerichtsbarkeit irgend einer Art ist nur die abstracte Möglichkeit begründet, daß diese Person ein Gericht auch in Ansehung der Ausübung bilden könne. Soll diese Möglichkeit aber zur Wirklichkeit werden, das zu bildende Gericht in Amtsthätigkeit treten, dann reicht die Gerichtsbarkeit allein noch nicht hin, weder bei Officialgerichten, da deren juristische Person fortbesteht, auch wenn eine Vacanz bei denselben eingetreten ist, noch bei Patrimonialgerichten, da deren Inhaber persönlich unfähig zur Ausübung derselben sein kann. Zu jeder gültigen Ausübung der amtlichen Geschäfte eines Gerichts gehört vielmehr noch eine den Gesetzen entsprechende Besetzung des Gerichts, und diese erfordert nach gemeinem Rechte für ein Civilgericht 1) eine Mehrzahl von physischen Personen, welche sich den Amtsgeschäften unterziehen. Hiermit ist jedoch keineswegs gesagt, daß alle Gerichte collegialisch organisirt sein müßten, vielmehr gilt dies höchstens von den Obergerichten, rücksichtlich deren eine Besetzung mit wenigstens drei votirenden Mitgliedern wesentlich erfordert wird [1]). Dagegen wird nach gemeinem Rechte bei den Untergerichten, wenn auch dabei eine Besetzung nur mit einem Richter gesetzlich zugelassen ist und sehr häufig eintritt, doch zur vollständigen Besetzung derselben eine Mehrzahl von Personen verlangt, nämlich außer der Person des Richters die des Actuars, oder statt dessen zweier tüchtiger Zeugen, welche bei der Verrichtung der Amtsgeschäfte zugezogen werden, wie das im Kanonischen Rechte [2]) ausdrücklich angeordnet ist. Auch kann man nicht etwa, gestützt auf die Vorschrift der peinlichen Gerichts-

---

1) L. 85 D. de verb. sign. (15, 16). Bayer, a. a. O., S. 178 fg.
2) Cap. 11 X. de probat. (2, 19). Clem. 2 de verb. sign. (5, 11).

ordnung, es für nothwendig halten, daß außer diesen beiden Personen noch Schöppen zugezogen werden, welche jenes Gesetz als votirende Gerichtsmitglieder betrachtet, weil die Vorschrift der peinlichen Gerichtsordnung sich auf Criminalsachen beschränkt und sich davon kein bündiger Schluß auf Civilsachen machen läßt. Wenn gleichwol in einzelnen Ländern auch in Civilsachen die Zuziehung von Gerichtsschöppen zu Amtsgeschäften, bei deren Vornahme Richter und Actuar außerdem thätig sind, vorgeschrieben ist, so werden diese doch nur als Urkundspersonen betrachtet, welche nach altem Gebrauche der Form wegen zugegen sein müssen, keineswegs aber bei der Gerichtsverwaltung eine Stimme abzugeben haben. Eine nach gemeinem Rechte als gültig zu betrachtende Besetzung eines Gerichts würde dagegen dann nicht vorhanden sein, wenn der Actuar mit Zuziehung der Schöppen die richterliche Amtsthätigkeit verwalten wollte. Denn wenn er auch im Allgemeinen vom Staate zum Richteramte für befähigt erachtet worden wäre, so hätte er doch den Richtereid noch nicht geleistet, und ohne Ableistung dieses Eides kann Niemand die Functionen eines Richters versehen. Da übrigens die Geschäfte des Actuars, als solchen, von denen des Richters wesentlich verschieden sind, so kann auch der Richter dessen Stelle nicht vertreten, und selbst bei zahlreichen Richtercollegien ein Actuar nicht entbehrt werden, wenn nicht im ersten Falle der Richter, im letzten ein votirendes Mitglied des Collegium zugleich auf die Functionen des Actuars verpflichtet ist, und im ersten Falle außerdem zwei tüchtige Zeugen zugezogen werden.

II. Ein weiteres Erforderniß der gehörigen Besetzung der Gerichte besteht aber 2) darin, daß diejenigen Personen, welche bei Gericht thätig sein sollen, die allgemein nöthigen Fähigkeiten zu diesen Geschäften haben. Im Römischen Rechte waren, wie im Compendium [3]) näher angegeben ist, in Beziehung auf den Richter

3) Männliches Geschlecht, wenigstens 18jähriges Alter, im vollen Gebrauche der Vernunft, weder taub noch stumm, noch, wenigstens nicht bei der Anstellung, blind, guten Rufs. L. 57 D. de re judic. (42, 1); vergl. mit Cap. 41 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29); Cap. 5, §. 2, de procur. in VI[to] (1, 19). L. 12, §. 2, D. de jud. (5, 1); L. 6 D. eod.; L. 1, §. 5, D. de postulando (3, 1); L. un. C. de infam. (10, 57). Bezüglich

als Staatsbeamten in dieser Richtung sehr genaue Vorschriften enthalten, welche freilich sämmtlich weder auf den bloßen Inhaber einer Patrimonialgerichtsbarkeit — weil dieses Institut dem Römischen Rechte unbekannt war —, noch auf die vom Staate selbst anzustellenden Richter bei der veränderten Verfassung jetzt noch anwendbar sind, sondern jetzt nur insofern in Frage kommen können, als das Richteramt von jemand Anders als vom Regenten besetzt wird. Denn nur der Regent, nicht aber der sonstige Eigenthümer einer Gerichtsbarkeit, hätte das Recht von Beobachtung dieser Vorschriften zu dispensiren. Hieraus hat sich aber zugleich die Nothwendigkeit ergeben, daß alle Patrimonialgerichtshalter dem Staate präsentirt werden und dessen Bestätigung erhalten haben müssen, ehe sie ihre Functionen versehen können, weil der Staat sich überzeugen muß, daß sie die nöthigen Fähigkeiten zu ihren Functionen besitzen. — Eine eigenthümliche Beschränkung der Fähigkeit votirender Mitglieder eines Gerichtshofs ist endlich im Kanonischen Rechte [4]) rücksichtlich der katholischen geistlichen Gerichte enthalten, indem hiernach keine andern Glieder dazu fähig sind, als diejenigen, welche selbst geistlichen Standes sind, alle Laien dagegen ausgeschlossen bleiben. Für die protestantischen Consistorien hat diese Vorschrift allerdings keine Bedeutung, rücksichtlich der katholischen geistlichen Gerichte wird sie dagegen noch jetzt streng beobachtet. — Was dagegen den Actuar oder Gerichtsschreiber betrifft, so ist über dessen Fähigkeiten im Römischen Rechte nichts Genaueres enthalten; das Kanonische Recht aber schreibt nur vor, daß es ein tabellio, eine öffentlich autorisirte Person sei, was die Veranlassung zu der Bestimmung in manchen Landesgesetzen, daß es ein Notar sein müsse, gegeben hat. Das gemeine Recht aber fordert dies keineswegs, denn das Institut der Notare ist neuer als die Vorschrift des Kanonischen Rechts [5]), folglich durch dessen Ausdruck tabellio ein Notar nicht

der Religionsverschiedenheit Auth. Credentes C. de haeret. (1, 5). Dagegen Bundesacte, Art. 16. L. 14, §. 1, C. de assessor. (1, 51). Schmid, a. a. O., §. 25, S. 43 fg. Bayer, a. a. O., S. 159 fg.

4) Cap. 22—26; Cap. 16, qu. 7, und Cap. 2 X. de judiciis (2, 1). C. Fr. Eichhorn, Kirchenrecht, III, 173 fg. Richter, Kirchenrecht, §. 124, a. E. (Ausg. 1).

5) Cap. 11 X. de probat. (2, 19).

bezeichnet worden, auch ist das Institut der Notare jetzt gemeinrechtlich erloschen. Man kann daher von dem Gerichtsschreiber nur fordern, daß er öffentlich angestellt sei und diejenigen Eigenschaften besitze, welche theils zur vollständigen Beweisführung nöthig sind — z. B. die Eidesmündigkeit, die Fähigkeit ein Factum richtig wahrzunehmen und aufzuzeichnen —, theils zur Erreichung des Zweckes seiner Amtsführung nicht wohl entbehrt werden können — wie z. B. die Fertigkeit, gerichtliche Aufsätze zu fertigen und zu expediren. — Soll aber der Gerichtsschreiber wenigstens aushülfsweise durch andere Personen vertreten werden, so verlangt das Kanonische Recht von diesen nicht nur, daß sie Mannspersonen sind, sondern auch die Eigenschaften eines tauglichen Zeugen an sich tragen, als z. B. daß sie bei dem einzelnen Fall nicht interessirt sind [6]).

III. Ein weiteres Erforderniß der gehörigen Besetzung des Gerichts ist aber 3), daß die Gerichtspersonen, durch welche das Gericht gebildet wird, auf ihr Amt, ehe sie in Function treten, **beeidigt** worden sind. Im neuern Römischen Recht ist dies zwar auch schon angeordnet, allein dahin, daß der **Richter** in jedem einzelnen Falle vor Beginn des Rechtsstreits einen speciellen Eid ableisten soll [7]). In Deutschland ist dies nach gemeinem Rechte dahin abgeändert worden, daß ein allgemeiner Amtseid vor Antritt des Amtes von jeder richterlichen Person zu leisten ist, wie dies rücksichtlich der Reichskammergerichtsmitglieder und rücksichtlich der Richter in peinlichen Sachen ausdrücklich vorgeschrieben ist. Hat nun der einzelne Beamte einen solchen Amtseid geleistet, so bedarf es später keiner besondern Beeidigung, wenn er in einem einzelnen Falle als Commissarius ernannt wird; denn jener allgemeine Amtseid des Richters umfaßt alle ordentlicher- und außerordentlicherweise von ihm zu behandelnden Rechtsgeschäfte. Sollte dagegen ein solcher Commissarius bisher etwa in andern Staatsfunctionen gestanden haben, bezüglich noch stehen, z. B. als Secretär eines Justizcollegiums,

---

6) Cap. 11 X. cit. L. 10 D. de testib. (22, 5). Nullus idoneus testis in re sua intelligitur. L. 10 C. ibid. (4, 20).

7) L. 14 C. de judic. (3, 1). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 57.

so genügt sein früherer Amtseid nicht, vielmehr muß derselbe als Commissar nochmals zu Vermeidung von Nichtigkeiten durch den Richtereid vereidigt werden. Denn jedes Erkenntniß eines Beamten, welcher den Richtereid nicht geleistet hat, leidet an einer Nichtigkeit, wenn auch nur, sobald es im Uebrigen den Gesetzen gemäß ist, an einer formellen (§. 13, I.). — Von dem Actuar ist die Beeidigung weder in der kanonischen noch in der deutschen Reichsgesetzgebung ausdrücklich vorgeschrieben, sie folgt aber mit Nothwendigkeit von selbst sowol bei ihm als bei den ihn vertretenden Zeugen aus den Regeln der Beweisführung, weil kein Zeugenbeweis gültig ist [8]), sobald er nicht durch vereidigte Zeugen, und zwar solche, welche den Eid, ehe sie als Zeugen auftreten (§. 200), geleistet haben, geführt wird. Die Reichskammergerichtsordnung ebenso wie die peinliche Gerichtsordnung Karl V., erkennt diesen Grundsatz ausdrücklich an, indem sie eine allgemeine Eidesformel für die Gerichtsschreiber bestimmt [9]). — Sollte aber eine solche Beeidigung des Gerichtsschreibers unterblieben sein, und dies von einer der Parteien, weil sie Unrichtigkeiten der geführten Acten, namentlich der Protokolle behauptet, gerügt werden, so würde kein bloßer Formfehler vorliegen, weil man nicht mit Sicherheit wissen kann, ob nicht einflußreiche Thatsachen vergessen oder unrichtig dargestellt sind, da ein unbeeidigter Actuar das Protokoll geführt hat, sondern eine Nullität ohne Einschränkung daraus entstehen. In der Praxis [10]) will man sich in solchen Fällen wol damit helfen, daß man den Protokollführer hinterdrein die Richtigkeit der Niederschrift beschwören läßt. Allein das ist nicht zulässig, einmal weil derselbe dabei persönlich interessirt ist, die Richtigkeit seiner Niederschrift zu behaupten, mithin als Zeuge in eigener Sache unfähig sein würde, sodann aber weil er als einziger Zeuge für die Richtigkeit der Niederschrift nie vollständigen Beweis liefern könnte, und endlich weil die nachfolgende eidliche Bestärkung der Niederschreibung eine Art *assertorischer* Eid sein würde, welcher wol von den Parteien, nicht aber von Zeugen zu leisten ist, davon aber

---

8) L. 9 C. de testib. (4, 20).

9) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 59.

10) **Schaumburg**, Princ. prax., cap. 2 gen., §. 15. **Leyser**, spec. 71, m. 8, 10. Vergl. **Weiske**, Rechtslexikon, VIII, 516 fg.

der Amtseid eines Gerichtsschreibers, welcher stets ein promissorischer ist, wesentlich abweicht. Es spricht aber gegen die Zulässigkeit der nachträglichen Beeidigung auch noch, daß die vorhergehende die Aufmerksamkeit des Protokollführers auf den Inhalt der Niederschreibung nothwendig hinleiten muß, während derselbe bei einem nachfolgenden Eide nur zu leicht geneigt ist, das Geschehene als richtig anzunehmen, obgleich die Aufmerksamkeit nicht genügend darauf gerichtet war. Es läßt sich daher die in der Praxis aufgestellte Meinung weder nach gemeinem Rechte, noch überhaupt rechtfertigen. Rücksichtlich der Beeidigung der statt des Actuars zuzuziehenden beiden Zeugen muß aber, wenn auch das Kanonische Recht keine bestimmte Vorschrift darüber enthält, aus den nämlichen Gründen insbesondere nach den Grundsätzen über den Zeugenbeweis dasselbe behauptet werden.

§. 43.

B) Relative; besonders Competenz. Daher zur Einleitung a) von der Mehrheit der Gerichte.

I. Die Ausübung des Richteramts in einem einzelnen Rechtsstreite kann selbst dann noch, wenn es dem angerufenen Gerichte weder an der Gerichtsbarkeit noch an der gehörigen Besetzung fehlt, aus besondern, im einzelnen Falle liegenden Gründen verhindert werden. Dergleichen individuelle oder relative Hindernisse bestehen nun A) darin, daß der einzelne Rechtsstreit eine eigene Sache (causa propria) der einzelnen Mitglieder des Gerichts oder der juristischen Person desselben ist, oder B) darin, daß es sich um eine causa spiritualis einer katholischen Partei fragt, das anzurufende Gericht aber mit katholisch geistlichen Richtern nicht besetzt ist, oder endlich C) darin, daß es dem Gerichte für den einzelnen Fall an der erforderlichen Competenz mangelt.

II. Es bedürfte wol (zu A) kaum des gesetzlichen Verbots, Richter in eigener Sache zu sein, da sich das ohne Weiteres von selbst ergibt, indeß es ist ein solches Verbot ausdrücklich und auf das bestimmteste erlassen [1]). Vom Actuar fehlt im Römischen

---

1) L. un. C. ne quis in sua causa (3, 5). Generali lege decerni-

Rechte, wie begreiflich, eine solche Vorschrift; allein sie folgt, wenn man ihn als Urkundsperson, die des Beweises wegen adhibirt wird, betrachtet, aus den Bestimmungen des Römischen Rechts, daß Niemand in eigener Sache gültigerweise Zeugniß ablegen könne[2]). Die Wirkungen des einen oder andern Hindernisses sind aber: daß ohne eine Rüge von Seiten der Parteien abzuwarten, das Gericht von selbst für dessen Beseitigung thätig wird, indem der interessirte Actuar durch einen andern, oder in dessen Ermangelung durch zwei Zeugen ersetzt wird, der betheiligte Richter aber sich aller Theilnahme am einzelnen Falle enthält. Tritt dieser Fall bei dem Mitgliede eines Collegiums ein, so hat dieses Mitglied sich für den einzelnen Rechtsstreit seines Votums zu enthalten; sind jedoch sämmtliche Mitglieder eines Collegiums, oder soviele, daß die übrigen nicht beschlußfähig sind, oder ist ein Einzelrichter betheiligt, dann ist, wie im Falle einer Vacanz, Bericht an die vorgesetzte Oberbehörde zu erstatten, damit diese auf die eine oder andere Weise die Lücke ausfülle. Auf die Zustimmung der Parteien kommt in keinem solchen Falle etwas an, weil jenes Verbot aus Gründen des öffentlichen Wohls und des Vertrauens zur Rechtspflege unbedingt erlassen ist. Hierin liegt zugleich aber auch der wesentliche Unterschied zwischen dem judex inhabilis und suspectus, indem der Letztere, wenn die Parteien unterlassen ihr Mistrauen zu äußern und gehörig geltend zu machen, ganz rechtsbeständig verfährt, weil man annimmt, es fehle im einzelnen Falle das Mistrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters, oder es werde von den Parteien auf die Befugnisse, welche sie gegen einen judex suspectus geltend machen könnten, für den einzelnen Fall verzichtet (§. 59, II.). Man kann es daher nicht zu den Erfordernissen einer gültigen Amtsverrichtung zählen, daß der Richter unverdächtig sein müsse, wie dies von einigen Rechtslehrern[3]) geschieht.

---

mus, neminem sibi esse judicem vel jus sibi dicere debere: In re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae. L. 10 D. de jurisd. (2, 11). Bayer, a. a. O., §. 80, S. 248 fg.

2) L. 10 C. de testib. (4, 20). Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt.

3) Bayer, a. a. O., §. 60, S. 180. Schmid, a. a. O., §. 24, S. 43.

III. Wegen dieser wichtigen Folgen einer causa propria für die Inhabilität des Gerichts ist der Begriff einer solchen und deren Umfang von so großer Bedeutung. Im Allgemeinen läßt sich derselbe in Ansehung der einzelnen Gerichtsmitglieder aus den Vorschriften des Römischen Rechts [4]) allerdings dahin bestimmen, daß jede Angelegenheit, wovon der Nutzen oder Schaden ein Gerichtsmitglied geradezu selbst, d. h. proprio nomine trifft, als causa propria desselben zu betrachten ist, mag nun dieser Nutzen oder Schaden aus Privat- oder öffentlichen Verhältnissen zu erwarten stehen, wie z. B. eine Regreßklage wegen fehlerhafter Amtsverwaltung des Gerichtsmitglieds. Allein das Römische Recht ist noch weiter gegangen, indem es sogar die Angelegenheiten der Ehefrauen und ehelichen Kinder eines Beamten als dessen causa propria betrachtet. Eine Abweichung hiervon ist auch in den Bestimmungen der L. 77 D. de judic.[5]) nicht zu erblicken, da diese Stelle nur vom judex pedaneus zu verstehen und deshalb auf die jetzigen Beamten und Richter im eigentlichen Sinne nicht anzuwenden ist. Wenn man weiter hat behaupten wollen[6]), daß auch die Angelegenheiten des Gesindes eines Richters zu den causis propriis desselben gehörten, so hat man dabei eine unrichtige Auslegung der einschlagenden Stelle zu Grunde gelegt und nicht erwogen, daß diese Bestimmung auf die ganz veränderten Verhältnisse unsers Gesindes sich nicht anwenden lassen. Dahingegen ist allerdings eine besondere Erweiterung[7]) des

---

4) L. 1, §. 11, D. quando appelland. (49, 4). Palam est, eam esse propriam cauaam, cujus emolumentum ad aliquem *suo nomine* pertinet.

5) L. 77 D. de judic. (5, 1). In privatis negotiis pater filium et filius patrem judicem habere potest. Als Grund gibt L. 78 D. eod. an: quippe judicare munua publicum est. Anderer Meinung ist Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 11 a. E.

6) Linde, Lehrbuch, §. 79 a. E. Schmid, a. a. O., S. 45; gestützt auf L. 10 D. de jurisdict. (2, 1). Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet neque uxori vel liberis euis, neque libertia vel *caeteris quos secum habet*. Die Glosse bezieht die Schlußworte auf die Sklaven, bezüglich das Gesinde: Arg., §. 2, J. de usu et habit. (2, 5); auf die cohors praetoria: Sieben, Dissert. de libert. et patron. jur. (Leyden 1750), S. 34. Vergl. Glück, a. a. O., §. 192, S. 86 fg.; VI., §. 507, S. 208. Keller, Römischer Civilproceß, S. 50.

7) L. 5 pr. D. de injur. (47, 10). — cavetur, ut non judicet qui ei,

Begriffs in Ansehung der Injuriensachen insofern gemacht, als, wol aus Rücksicht auf den engen Zusammenhang, worin die Ehre einzelner Familienglieder mit der Ehre der Familie selbst steht, die Injurienprocesse der Vettern und aller nähern Verwandten, sogar Derer, die nur in einem Schwägerschaftsverhältnisse stehen, als causa propria des Richters betrachtet werden. Es ist dies als eine Singularität zu betrachten und umsoweniger auf andere, namentlich Vermögensverhältnisse, auszudehnen, als das Kanonische Recht den Richter in Angelegenheiten seiner entferntern Verwandten nur als verdächtig[8]), nicht aber als unfähig betrachtet, und diese Bestimmungen doch als das neuere Recht gelten müssen. In gleicher Weise enthält die Bestimmung derselben Stelle des Kanonischen Rechts, daß ein Richter, der in derselben Sache früher als Anwalt gedient habe, nur als suspect, nicht als unfähig zu betrachten sei, eine Abänderung der Vorschriften des Römischen Rechts[9]).

IV. Zweifelhafter dagegen erscheint es, ob es eine propria causa der juristischen Person eines Gerichts gebe. Nach Römischem Rechte[10]) läßt sich dies kaum behaupten, indem dieses dem Richter die Befugniß einräumt, über den Umfang seines Geschäftskreises selbst zu erkennen, was gewiß als causa propria des Gerichts erscheint, zumal das Sportelinteresse auch den Römern nicht unbekannt war, Regreßklagen aber gegen das Gericht als solches, gegen dessen juristische Person nicht zulässig sind[11]). Allein nach deutscher Verfassung ist es insbesondere mit Rücksicht auf die

---

qui agit, gener, focer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quenquam ea cognatione affinitateve attinget, quive ejus, parentisve cujus eorum patronus erit.

8) Cap. 36 X. de appell. (2, 28). — quodsi causa alicui fuerit delegata, qui consanguineus sit illius, qui literas impetravit, *aut* in eodem negotio advocati officio functus, vel ex alia juata causa suspectus, hujusmodi delegatus non immerito poterit recusari.

9) L. 6 pr. C. de poatul. (2, 6). Quisquia vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et judex. L. 17 D. de jurisdict. (2, 1).

10) L. 5 D. de judic. (5, 1). Si quis ex aliena jurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire — —. Praetoris eat enim aestimare, an sua sit jurisdictio — — L. 2 pr. D. si quis in jus vocat. (2, 5). Ex quacunque causa ad praetorem, vel alioa, qui jurisdictioni praesunt, in jus vocatus venire debet, ut hoc ipaum sciatur, an jurisdictio ejus sit — —.

11) L. 2 D. quod quisq. juris (2, 2). Hoc edicto dolus debet jus

Patrimonialgerichte, bei denen die Jurisdiction als ein Vermögensrecht des Inhabers erscheint, und diese Privatrücksicht vielfach eingreift, wol schwerlich zu bezweifeln, daß auch causae propriae der juristischen Person des Gerichts gedacht werden können. Wird nämlich die Patrimonialgerichtsbarkeit von dem Gerichtsherrn auch persönlich ausgeübt, so sind theils die Streitigkeiten über deren Umfang, theils die Regreßklagen gegen das Gericht eine causa propria desselben, weil das Gericht von der Person des Ausübenden sich nicht unterscheiden läßt und die Jurisdiction ein Vermögensrecht des Richters bildet, dessen Vererbung und sonstige Uebertragung diesem fortwährend zusteht. Dazu kommen die Processe der Gerichtsherren als Gutsherren gegen ihre eigenen Gerichtsunterthanen wegen Frohnden, Erbzinsen u. s. w., bei welchen der Nutzen und Vortheil des Richters, indem er zugleich als Partei erscheint, doppelt interessirt ist. Wenn aber auch die Patrimonialgerichtsbarkeit durch einen Gerichtshalter ausgeübt wird, so hat dieser — gleichviel auf welchen Titel hin, ob umsonst oder gegen Vergütung — doch nur eine übertragene (mandala) Gerichtsbarkeit zu verwalten, bildet also als Mandatar mit dem Mandanten eine Person, so daß auch aus dieser Rücksicht die causa propria nicht zu bezweifeln ist, zumal selten dergleichen Gerichtshalter wie Staatsdiener betrachtet werden können, vielmehr in Rücksicht der Fortdauer ihres Amts vom Gerichtsherrn abhängen. Wenn daher nicht durch Landesgesetze in dieser Rücksicht etwas Anderes festgesetzt ist, so wird jeder Patrimonialgerichtshalter zum mindesten wohlthun, alle dergleichen Processe, bei denen die Gerichtsherrschaft interessirt ist, nur zum Spruch zu instruiren und dann die Acten zur Entscheidung an eine auswärtige Spruchbehörde zu versenden, sollte gleich keine Partei darauf angetragen haben. Denn bei der bloßen Instruction der Sache, bei welcher außerdem das Zeugniß des Actuars und die eigenen Vorträge der Partei Sicherheit gewähren, kann er als eigentlicher Richter in diesem Falle nicht betrachtet werden.

V. Ein weiteres Hinderniß der Ausübung der richterlichen

---

dicentis puniri, nam si adsessoris imprudentia jus aliter dictum sit quam oportuit: non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori. Vergl. §. 67; Martin, Lehrbuch des Criminalrechts, §. 38.

Amtsthätigkeit (zu B) ist dann vorhanden, wenn es sich um eine causa spiritualis einer katholischen Partei, namentlich um eine Ehestreitigkeit handelt, das anzurufende Gericht aber mit katholisch geistlichen Richtern nicht besetzt ist. Denn wenn das Gericht auch für dergleichen Rechtsstreitigkeiten überhaupt zuständig wäre, so würde es doch für den Fall, wo die Parteien Katholiken sind, dies nicht sein können, weil das Kanonische Recht [12]) dann erfordert, daß das Gericht mit Personen des katholisch geistlichen Standes besetzt sei, und davon selbst der Landesfürst nicht dispensiren kann. Wenn also nicht etwa im einzelnen Lande durch ein Concordat mit dem päpstlichen Stuhle etwas Anderes normirt ist, so würden protestantische Ehegerichte unfähig sein, Ehesachen katholischer Unterthanen zu entscheiden. Bei Protestanten hat diese Vorschrift keine Geltung, weil die protestantische Kirche keine causae spirituales kennt, welche vor Gericht zu verhandeln wären.

VI. Endlich aber liegt (zu C) eine Veranlassung dazu, daß ein mit der erforderlichen Jurisdiction versehenes und gehörig besetztes Gericht im einzelnen Rechtsstreite dennoch sein Amt nicht ausüben darf, in seiner Incompetenz im concreten Falle, und es entsteht so das relative Erforderniß der Gerichtszuständigkeit (competentia fori) [13]). Unter Gerichtszuständigkeit versteht man die Eigenschaft eines bestimmten Gerichts, wonach dasselbe vermöge seines Geschäftskreises berechtigt und verpflichtet ist, in bestimmten Rechtssachen die Rechtspflege auszuüben, mithin auch die Parteien nöthigenfalls zu zwingen, daß sie sich der Amtsthätigkeit desselben unterwerfen. Denn dieser Competenz entspricht die Dingpflicht der Gerichtsunterthanen, d. i. die Verbindlichkeit derselben in bestimmten Rechtssachen vor einem gewissen Gerichte Recht zu nehmen. Es ist daher der Gerichtszwang keine neue besondere Eigenschaft des Gerichts, sondern nur diejenige Modification der jedem Gerichte im einzelnen Falle zustehenden Gerichtsbarkeit, welche aus den Grenzen seines Geschäftskreises

12) Cap. 2 X. de judiciis (2, 1).

13) Hufeland, Institutionen des gemeinen pos. Rechts, S. 395. Glück, a. a. O., Bd. 6, §. 509 fg. Bielitz, Ueber verschiedene Gerichtsst. (1801). Bayer, a. a. O., S. 180.

oder Amtsbezirkes hervorgeht und entscheidet, inwiefern ein einzelner Rechtsstreit vor dieses oder jenes Gericht gezogen werden könne. Jeder Staat ist nämlich schon seiner geographischen Ausdehnung und der Zahl der Bevölkerung wegen genöthigt, wenn auch nicht alle Gattungen der Jurisdiction, doch die bei weitem mehrsten derselben gleichzeitig mehren Gerichten zu übertragen, und deren Geschäftsthätigkeit entweder nach localen, geographischen Grenzen, oder nach der subjectiven Auszeichnung gewisser Classen von Gerichtsuntergebenen, oder aus Rücksicht auf die wiederholte Prüfung der Entscheidungen in einem Rechtsstreite, zu begrenzen endlich auch wol mit Rücksicht auf gewisse Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, welche eine eigene Sachkenntniß des Richters erfordern, besondere Gerichte, z. B. die Berg-, Handels-, Wechselgerichte, anzuordnen. Die Folge der Mehrheit der Gerichte ist dann (in Deutschland), daß dieselben einander entweder coordinirt, gleichstehend sind, so daß keines dem andern zu befehlen und keines dem andern zu gehorchen hat, oder zu einander in einem Subordinationsverhältnisse stehen, indem das eine dem andern Befehle zu ertheilen und dieses denselben nachzugehen hat. Jede Stufe der mehren Gerichte, welche einander vorgesetzt oder subordinirt sind, heißt in der Richterhierarchie, im Gebäude der Richtersubordiuation, Instanz [14]). In Deutschland waren der Instanzen, der Stufen in der Richterhierarchie, in der Regel drei [15]), indem das Reichskammergericht nebst dem Reichshofrathe, in den nicht appellabeln Territorien aber an deren Stelle die Oberappellationsgerichte, die höchste Instanz bildeten, zwischen diesen und den Untergerichten, der ersten Instanz, Gerichte mittlerer Instanz standen, die jenen obersten Gerichten untergeordnet, jedoch zugleich Obergerichte [16]), übergeordnete Gerichte, für die erste Instanz waren und auf die verschiedenste Weise bezeichnet wurden. Auch nach der Gesetzgebung des Deutschen Bundes ist [17]) die

---

14) Man bezeichnet jedoch damit auch gewisse Abschnitte eines Rechtsstreits selbst, z. B. Beweisinstanz.

15) Emminghaus, Zur Würdigung des deutschen Drei-Instanzensystems, in Reischer und Wilda, Zeitschrift, V.

16) Auch die peinlichen Gerichte heißen öfters in Urkunden Obergerichte, jedoch in uneigentlichem Sinne. Martin, Criminalproceß, §. 30.

17) Deutsche Bundesacte, Art. 12.

Einrichtung der drei Instanzen beibehalten und ausdrücklich vorgeschrieben, daß in jedem Bundesstaate soviele existiren sollen, weshalb die kleinern Staaten zur Errichtung von Oberappellationsgerichten sich zu vereinigen haben.

§. 44.

b) Von der Begrenzung; mithin von der Competenz selbst.

1) Deren rechtliche Natur.

I. Durch die verschiedenen Grenzbestimmungen, welche für die mit derselben Art von Gerichtsbarkeit versehenen Gerichte desselben Landes bestehen, entsteht ein eigenthümliches, processualisches Verhältniß in doppelter Beziehung: A) zwischen den Parteien und den Gerichten einerseits, und B) zwischen den mehren Gerichten unter sich andererseits. In ersterer Beziehung (zu A) ist nämlich jeder Partei durch die Gesetze das ausdrückliche Recht gegeben, nur vor ihrem competenten Richter Recht nehmen zu müssen. Man hat das oft, auch in den Reichsgesetzen [1]), mit dem Satze bezeichnet: „es dürfe Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden"; allein streng genommen drückt dieser Satz nur aus, daß Niemand es sich gefallen zu lassen brauche, von einem Richter, der blos für einen einzelnen Fall ernannt worden ist, also von einer Commission, Rechtssprüche zu erhalten, daß er vielmehr verlangen könne, von dem für alle derartige Fälle überhaupt bestellten Richter, dem ordentlichen Richter, die Beurtheilung der Rechtssache zu empfangen. Dagegen ist der schon im Römischen Rechte [2]) enthaltene Grundsatz, daß vor einem incompetenten Richter Niemand Recht zu nehmen brauche, von größerer Ausdehnung, und schon dort durch Androhung der Nichtigkeit für alle Gerichtsschritte, welche ein Richter widerrechtlich mit

1) Reichskammergerichtsordnung v. 1555, Th. 2, Tit. 1, §. 1,; Tit. 26, §. 1. Wahlcapitulation Franz II., Art. 18, §. 3—5.

2) L. 4 C. si a non comp. jud. (7, 48). Et in privatorum causis hujusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat.

Ueberschreitung der Grenzen seiner Competenz vornimmt, gesichert [3]). Außerdem steht zum Schutze dieses Rechts derjenigen Partei, gegen welche ein incompetenter Richter sich Schritte erlaubt, eine eigene exc. fori declinatoria zu, wodurch die Incompetenz des Richters gerügt werden kann; auch bildet deren Beurtheilung einen Präjudicialpunkt für den ganzen Proceß. — Es entsteht aber allerdings die Frage, ob die Partei sich in jedem eintretenden Falle der Einrede bedienen müsse, oder ob sie nicht ebenso gut den etwaigen Schritten eines incompetenten Richters den Vorwurf der Nullität hinterdrein machen könne. Zweifelhaft ist diese Frage namentlich durch die Bestimmungen der L. 2 pr. D. si quis in jus vocatus (2, 5) [4]), mit Recht aber dahin zu beantworten, daß in solchen Fällen, in denen die Incompetenz des thätigen Richters von der Art ist, daß sie nicht durch Prorogation des Gerichtsstandes (§. 60) geheilt werden kann, der Gebrauch jener Einrede unnöthig ist, in allen andern Fällen dagegen es wenigstens als eine nöthige Vorsicht betrachtet werden muß, sich nicht blos passiv zu verhalten, sondern die Einrede der Incompetenz geltend zu machen, damit nicht eine fingirte Einlassung und mit dieser zugleich eine stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes angenommen werde.

II. Was aber (zu B) das Verhältniß mehrer Gerichte zu einander betrifft, welches aus den Grenzbestimmungen jedes einzelnen hervorgeht, so gilt als Regel dafür, daß kein Gericht in den Geschäftskreis des andern eingreifen darf, widrigenfalls dagegen besondere Maßregeln nicht nur zulässig, vielmehr geboten sind, welche nicht sowol das Interesse der Parteien betreffen, als vielmehr die Befugnisse der Gerichte wahren und aufrecht erhalten sollen. Deshalb wird in allen solchen Fällen von demjenigen Gerichte, wel-

---

3) L. ult. D. de jurisd. (2, 1). Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere. L. 53, §. 3, D. de re jud. (42, 1); L. 1 i. f. D. ad Sct. Tertyll. (38, 17); L. 1—4 C. si a non comp. jud. (7, 48). Cap. 26 in VI^to de reg. jur. (5, 12). Von den Obergerichten, Jüngster Reichsabschied, §. 119.

4) L. 2 pr. D. si quis in jus vocat. (2, 5). Ex quacunque causa ad praetorem vel alios, qui jurisdictioni praesunt in jus vocatus *venire* debet; ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit. L. 5 D. de judiciis (5, 1). Glück, Commentar, III, 48 a. E., und §. 226, Note 6.

ches einen derartigen Eingriff zu leiden glaubt, zum wenigsten Protestation dagegen erhoben. Es genügt diese auch in jedem Falle, wo ein solcher Eingriff von einem inländischen Gerichte geschehen ist und beide collidirende Gerichte Staatsämter sind; denn alle factischen Vorschritte sind unnöthig, weil in solchen Fällen der Besitzstand der Gerichtsbarkeit immer nur der Besitzstand des Staats selbst ist, der von mehren Stellvertretern ausgeübt wird. Wird nun von Seiten des andern Gerichts das begangene Unrecht nicht anerkannt, dann ist das Höchste, was in solchem Falle geschieht, Beschwerdeführung bei der vorgesetzten höhern Staatsbehörde. Sobald jedoch unter den collidirenden Gerichten des Inlandes eins wenigstens ein Patrimonialgericht ist, dann werden auf solche Collisionsfälle die gewöhnlichen Grundsätze vom Schutze im Besitze angewendet, so daß nicht nur die Vornahme von Besitzschutzhandlungen unter den gehörigen Voraussetzungen erlaubt ist, sondern auch possessorische Rechtsmittel und ein förmlicher Rechtsstreit zwischen den collidirenden Gerichten eingeleitet werden kann, um die Grenzen der verschiedenen Gerichte im Rechtswege festzusetzen, weil und insoweit hier die Analogie der Privatrechtsverhältnisse eintritt, und jeder Gerichtshalter den Umfang seiner Gerichtsbarkeit zu schützen verpflichtet ist. Ist aber endlich die Verletzung des Gerichtsbezirks von einem ausländischen Gerichte geschehen, so genügt eine bloße Protestation ebenfalls nicht, weil in diesem Act eine Verletzung der Grenzen des Staatsgebiets liegt, zu deren Wahrung jedes Gericht verpflichtet ist. Man fordert daher von dem verletzenden Gerichte außer der Protestation alsbald einen Revers, daß man diesen Eingriff nicht zum Beweis des Rechts, derartige Handlungen der Gerichtsbarkeit im fremdländischen Gebiete vornehmen zu dürfen, später gebrauchen wolle (reversales de non praejudicando), und erläßt an diejenige Partei, an welche ein unbefugter Befehl des auswärtigen Gerichts ergangen ist, Gegenbefehl. Härtere Maßregeln, z. B. Verhaftung des fremden Gerichtsdieners, erläßt kein Untergericht in dergleichen Fällen, ohne dazu vorher von dem ihm vorgesetzten Obergerichte autorisirt zu sein; daher diesem jeder solcher Eingriff eines ausländischen Gerichts berichtlich anzuzeigen ist.

§. 45 und 46.

2) Allgemeine Grundsätze von den Gattungen der Competenz [1])

a) überhaupt.

I. Es gehört zu den Obliegenheiten jedes Klägers, sich in dem einzelnen Falle nur an ein competentes Gericht des Beklagten zu wenden, nach der Regel: Actor sequitur forum rei [2]). Deshalb liegt es auch dem Kläger, sobald über die Competenz des gewählten Gerichtsstandes Streit entsteht, ob, die Competenz desselben im einzelnen Falle genügend zu begründen, und zu dem Ende die etwa nöthigen Beweise der Thatsachen zu führen, von denen die Zuständigkeit des gewählten Gerichts abhängig ist, denn die Einrede des incompetenten Gerichts ist regelmäßig, sobald nicht die bekannte Gerichtsorganisation dem gewählten forum entgegensteht, ein Leugnen des Klaggrundes. Weil nun in manchen Fällen nicht blos ein competentes Gericht vorhanden ist, vielmehr deren mehre neben einander bestehen, zwischen welchen der Kläger dann regelmäßig zu wählen hat, so ist die Uebersicht aller Arten von competenten Gerichten für den einzelnen Fall dem Kläger um so wichtiger. Man theilt aber die verschiedenen Gerichtsstände theils nach der Quelle, theils nach dem Umfange der vor denselben zu verhandelnden Rechtsstreitigkeiten, theils nach dem Instanzenverhältnisse derselben ein.

II. Nach der Quelle theilt man die competenten Gerichtsstände in gesetzliche (legalia) und conventionelle (conventionalia), welche letztere man jedoch besser als auf Privatwillkür beruhende

---

1) A. D. Weber, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen, St. 2, Abh. 11, S. 16. Bielitz, Ueber die verschiedenen Gerichtsstände (Leipzig 1801). Ferner Schmid, Handbuch, §. 41 fg., S. 78. Bayer, Civilproceß, §. 61 fg., S. 180 fg. Historisch, v. Bethmann-Hollweg, Versuche rc., S. 1. Zimmern, Civilproceß, §. 26—30.

2) L. 2 C. de jurisdict. (3, 13); L. 3 C. ubi in rem (3, 19). Cap. 5 X. de foro comp. (2, 2). Borst, Beweislast, §. 55 fg. Bezüglich der Streitgenossen, Martin u. Walch, Magazin, II, 201.

bezeichnet. Die Regel ist es allerdings, daß die Grenzbestimmung zwischen mehren Gerichten eines Staats durch die gesetzgebende Gewalt — der jedoch auch hierin Gewohnheitsrecht und Observanz gleich zu achten sind — getroffen werde, mithin daß der Gerichtsstand ein gesetzlich begründeter (forum legale) ist. Die Gesetze aber haben die verschiedenen Gerichtsstände bald mit Rücksicht auf die Qualität des Streitobjects (objectiv bestimmter Gerichtsstand, forum reale), bald mit Rücksicht auf die Person der Untergebenen (subjectiv geregelter Gerichtsstand, forum personale) angeordnet, und in beiden Richtungen entweder allgemeine Bestimmungen gegeben, d. h. solche, welche für alle Classen von Unterthanen bezüglich der Competenz der Gerichtsstände die Regel bilden (allgemeiner Gerichtsstand, forum commune), oder von dieser Regel einzelne Ausnahmen gestattet (privilegirter Gerichtsstand, forum privilegiatum), indem sie theils gewissen Classen von Unterthanen, theils bestimmten einzelnen Unterthanen, theils bestimmten Gattungen von Rechtsstreitigkeiten ein Ausnahmsrecht verliehen haben. Es müssen jedoch auch diese privilegirten Gerichtsstände auf einer allgemein anwendbaren Regel beruhen, und können nicht etwa blos für einen einzelnen Fall durch eine Cabinetsordre begründet werden. Dagegen hat nicht nur das Römische Recht [3]), sondern auch das Deutsche gemeine Recht unter gewissen Einschränkungen es gebilligt, daß die Parteien durch besondere desfallsige Vereinigung die Gerichtsgrenzen auf eine von der allgemeinen Regel abweichende Weise für sich festsetzen, und so denselben gestattet, bald für einen einzelnen Rechtsstreit, bald für eine gewisse Gattung von Rechtsstreitigkeiten zwischen denselben Parteien, z. B. für alle Processe aus einem Pachtvertrage, für ein an sich nicht zuständiges Gericht eine vertragsmäßige Competenz begründen (forum conventionale).

---

3) L. 1 D. de judiciis (5, 1). Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. L. 74, §. 1, D. ibid. Judex qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat. L. 1 C. de jurisdict. (3, 13). Cap. 18 X. de foro compet. (2, 2). Reichsdeputationsabschied v. 1600, §. 23: „und sich die Parteien eines endlichen und gewissen Richters nicht vergleichen könnten". Siehe auch §. 60, II.

Da hierbei die Willkür der Interessenten den Grund der Gerichtszuständigkeit abgibt, so hat man nicht mit Unrecht daraus gefolgert, daß auch durch Testament ein solcher conventioneller Gerichtsstand für diejenigen Personen, welche an den Willen des Testirers gebunden sind, rücksichtlich der zwischen ihnen in Bezug auf die Erbschaft entstehenden Streitigkeiten bestimmt werden könne, und daß insoweit ein forum testamentarium anzuerkennen sei, obgleich die Gesetze dasselbe nicht ausdrücklich erwähnen. Weil aber sowol bei dem conventionellen als dem testamentarischen Gerichtsstande die Privatwillkür nur dann von Bedeutung ist, wenn ein an sich incompetentes Gericht dadurch zuständig wird, und weil dieses durch die Privatwillkür ein Recht erhält, die Grenzen, welche durch das Gesetz im Allgemeinen seiner Zuständigkeit gezogen sind, zu überschreiten, so nennt man diesen Gerichtsstand am gewöhnlichsten forum prorogatum, um dadurch das Charakteristische desselben anzudeuten. Dabei ist dann der Vorzug nicht zu übersehen, den ein solches Gericht vor jedem Schiedsrichter genießt, indem es, als wirkliches Staatsgericht, mit allen den Wirkungen verfährt, welche ihm gebührten, wenn die Competenz gesetzlich so geordnet wäre, während diese einem Schiedsrichter nicht zustehen würden (§. 60).

III. Eine andere Eintheilung des zuständigen Gerichtsstandes geht von dem Umfange der vor demselben zu verhandelnden Rechtsstreitigkeiten derselben Gerichtsunterthanen aus. Denn man muß in dieser Beziehung die allgemeinen Gerichtsstände (fora universalia) von den generellen und speciellen oder individuellen unterscheiden, wiewol die letztern Bezeichnungen nicht immer so genau getrennt werden. Gewöhnlich nennt man nur die erste und letzte Gattung, indem man die mittlere ganz ausläßt, oder zu der letzten zählt, was sowol hinsichtlich des Umfanges nicht paßt, als zu Irrthümern, namentlich in Ansehung des dem Kläger zustehenden Rechts der Wahl unter mehren zugleich competenten Gerichtsständen, die Veranlassung gibt, weil dieses Recht nur bei den speciellen Gerichtsständen gilt. Richtiger ist daher die Trennung in drei Gattungen. Ein allgemeiner Gerichtsstand (forum universale) ist aber derjenige, bei welchem alle Gattungen von Rechtsstreitigkeiten eines bestimmten Gerichtsuntergebenen, wenn es nur nicht solche sind, denen vom

Staate ein objectives Privilegium verliehen ist, mit Recht verhandelt werden. Hierher gehören das forum domicilii (§. 48), das forum privilegiatum personae (§. 49, 50), und auch wol, wie behauptet wird, das forum originis. Die beiden erstern werden übrigens nicht immer aus der eigenen Person des Gerichtsuntergebenen, sondern oft aus der eines Andern, einer fremden Persönlichkeit, beurtheilt, indem namentlich der Gerichtsstand der Ehefrauen und ehelichen Kinder nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Hausvaters und Ehemannes zu beurtheilen ist. Man dehnt dies zwar häufig auch auf das Gesinde aus, jedoch rücksichtlich des forum privilegiatum gültigerweise nur dann, wenn das der Herrschaft verliehene Privilegium des Gerichtsstandes ausdrücklich auf das Gesinde mit lautet. — Als die Ausnahmen von diesem allgemeinen Gerichtsstande sind aber diejenigen Classen von Rechtsstreitigkeiten zu betrachten, welche Sachen betreffen, denen ein eximirter Gerichtsstand gegeben ist, wohin nach gemeinem Rechte die geistlichen und Lehnssachen (§. 41, IV.) gehören. Da dieses Privilegium nicht der einzelnen Sache, sondern der ganzen Kategorie verliehen ist, also so oft als eine solche Angelegenheit zur Verhandlung kommt, dieselbe von selbst an den besondern Gerichtsstand, der für solche Angelegenheiten geordnet ist, gewiesen wird, so muß man diesen Gerichtsstand von dem speciellen oder individuellen unterscheiden. Man bezeichnet ihn daher als den generellen Gerichtsstand (forum generale), der specielle Gerichtsstand dagegen, oder besser der Gerichtsstand der einzelnen Rechtsstreitigkeit, ist keine Ausnahme von dem forum universale, beruht auch nicht auf einem objectiven Privilegium, sondern ist von den Gesetzen zur größern Erleichterung des Klägers bei einzelnen Rechtsstreitigkeiten so geordnet, daß die Wahl zwischen dem universellen und einem solchen speciellen Gerichtsstande dem Kläger überlassen ist. Dies ist der Fall bei dem forum rei sitae, contractus, gestae administrationis, delicti, und gewissermaßen bei dem forum connexitatis causarum. Es muß aber jeder dieser mit dem universellen Gerichtsstande concurrirenden, ihm coordinirten Gerichtsstände in jedem einzelnen Falle von neuem begründet sein, um davon Gebrauch machen zu können, während der universelle Gerichtsstand ein für allemal begründet werden kann.

IV. Endlich wird aber nach dem Instanzenverhältnisse

der Gerichtsstand in den **mittelbaren** und **unmittelbaren** eingetheilt, der letztere aber wieder in den **ordentlichen** und **außerordentlichen**. Denn der nämliche Rechtsstreit kann vorzüglich durch die Rechtsmittel der Appellation ꝛc. nach und nach an mehre Gerichte gelangen, von denen das eine dem andern untergeordnet, bezüglich vorgesetzt ist. Daher müssen alle unmittelbare Gerichtsuntergebene der untersten Instanz zugleich mittelbare Gerichtsunterthanen derjenigen Obergerichte sein, welche für diese Untergerichte existiren, damit in dem Falle der Verhandlung des Processes vor dem Obergerichte dieses auch befugt ist, an die Parteien mit Erfolg Befehle zu erlassen. Auf daß nun aber die Geschäftsordnung zwischen den verschiedenen Gerichten nicht gestört werde — was im Mittelalter, und namentlich nach Kanonischem Rechte dadurch geschehen ist, daß man die Untergerichte übersprang und den Proceß gleich in höherer Instanz anfing, folglich die mittelbare Competenz misbrauchte —, so ist in Deutschland das beneficium oder jus primae instantiae eingeführt worden, d. h. das Recht jeder Partei zu verlangen, daß jeder Rechtsstreit gegen sie regelmäßig nur bei der untersten Instanz, welcher sie unmittelbar unterworfen ist, begonnen werde, und daß derselbe Proceß nur im Wege der Appellation an das Obergericht gelange. Befolgt man diesen Grundsatz, so ist sowol beim Unter= als Obergerichte von einem forum ordinarium die Rede. Ausnahmsweise gibt es aber einige Fälle, wo aus besonderer Veranlassung ein Rechtsstreit bei demjenigen Untergerichte, welches dafür competent sein würde, **nicht** begonnen zu werden braucht, sondern mit dessen Ueberspringung sogleich bei dem Obergerichte angefangen werden kann, welches dafür regelmäßig nur Apellationsinstanz sein würde, z. B. wenn das Untergericht der Partei verdächtig, oder wenn es vacant ist (§. 57 fg.). In solchen Fällen heißt das Obergericht forum extraordinarium. Da nun aber dieselben Obergerichte meistens auch der privilegirte Gerichtsstand erster Instanz für schrift= oder kanzleisässige Personen oder Sachen sind, so verwechselt man nicht selten die Begriffe vom privilegirten Gerichtsstande mit dem außerordentlichen, die doch wesentlich verschieden sind. Denn solche Personen oder Sachen haben gar keine andere unterste Instanz, vielmehr ihren ordentlichen Gerichtsstand bei dem Oberrichter, während jenes

außerordentliche Forum voraussetzt, daß für dieselbe Person oder Sache ein anderes Untergericht vorhanden sei, aus besondern im einzelnen Falle liegenden Gründen aber nicht zur Anwendung kommen könne.

V. Bei dem Vorhandensein einer solchen Mehrzahl von competenten Gerichtsständen für denselben Rechtsstreit hat der Kläger, um den für den einzelnen Fall richtigen und ihm vortheilhaftern auszuwählen, folgende Grundsätze zu beachten: 1) alle andern Gerichtsstände fallen hinweg, sobald der Gegenstand des Rechtsstreits zu den objectiv privilegirten Rechtssachen gehört. Denn bei solchen Rechtssachen ist einestheils eine Prorogation des Gerichtsstandes unzulässig, anderntheils entscheidet bei einem Zusammentreffen mit subjectiv competenten Gerichtsständen die Regel, daß das Privilegium der Sache dem der Person vorgeht. 2) Sofern dagegen nur subjectiv competente Gerichtsstände concurriren, denen übrigens der Gerichtsstand der belegenen Sache beizuzählen ist, genießt der gewillkürte Gerichtsstand vor dem gesetzlichen den Vorzug, nach der allgemeinen Regel, daß die Privatwillkür da, wo sie zulässig ist, das nur subsidiäre Gesetz ausschließt. Jedoch ist hierbei der Unterschied nicht zu übersehen zwischen einem solchen gewillkürten Gerichtsstande, welcher zu Gunsten beider Parteien, und einem, der nur zu Gunsten des Klägers, um diesem die Rechtsverfolgung zu erleichtern, verabredet ist, wie solches z. B. bei Wechseln durch die Klausel „aller Orten, wo ich anzutreffen bin" geschieht. Denn eine solche Verabredung nöthigt den Kläger nicht, sich ausschließlich an den gewillkürten Gerichtsstand zu wenden, vielmehr steht ihm die Wahl zwischen den gewillkürten und den legalen Gerichtsständen immer noch zu. 3) Die gesetzlich nur nach subjectiven Rücksichten begründeten Gerichtsstände müssen regelmäßig, und mit alleiniger Ausnahme des forum rei sitae und continentiae causarum, nur nach den persönlichen Verhältnissen des Beklagten, nicht des Klägers, z. B. nach dessen Wohnort, beurtheilt werden, mögen dies nun die des Beklagten selbst, oder eines Andern sein, mit dem er in engerer Verbindung steht. Sollte aber in der Zwischenzeit zwischen der entstandenen und angebrachten Klage mit den Verhältnissen des Beklagten sich eine Veränderung zutragen, so wird es in der Regel nur auf den Zeitpunkt ankommen, wo die Klage erhoben

wird. Die Competenz des angerufenen Gerichts wird ex nunc, d. h. nach der Zeit des begonnenen Rechtsstreits, und nur ausnahmsweise bei den speciellen Gerichtsständen des Vertrags, der geführten Verwaltung und des Verbrechens nach dem Zeitpunkte der entstandenen Verbindlichkeit, ex tunc, beurtheilt. Bei diesen letztern Gerichtsständen kann es von Wichtigkeit sein, daß bisweilen derselbe Gerichtsstand aus verschiedenen Gründen als competent erscheint, damit, wenn die Competenz des einen von diesen aufgehoben, z. B. das Domicil verändert ist, die Zuständigkeit desselben Gerichts doch noch aus einer andern Rücksicht, z. B. als forum contractus fortdauert. — Was aber das forum rei sitae anlangt, so kommt es bei dessen Begründung auf die persönlichen Verhältnisse des Beklagten gar nicht, sondern nur auf das Belegensein derjenigen Sache an, welche den entfernten Gegenstand des Rechtsstreits bildet, indem alle Personen, welche als Inhaber des Streitgegenstandes zu betrachten sind, privilegirte ebenso wie nicht privilegirte, dieses Forum anerkennen müssen. Es gibt in Deutschland aber auch Sachen (res), welche das Privilegium der Schriftsässigkeit und daher eine besondere Bestimmung in Ansehung des Gerichtsstandes der belegenen Sache erhalten haben, indem es bei ihnen auf die Localgrenzen des competenten Gerichts nicht ankommt. In diesen Fällen wird es jedoch nicht erfordert, daß der Besitzer der privilegirten Sache zu den privilegirten Personen gehöre. — Was ferner das forum connexitatis causarum betrifft, so richtet dieses sich nur nach dem Zusammenhange, worin mehre Streitfragen mit einander stehen, ohne Rücksicht auf die subjectiven Verhältnisse der Parteien. — Sollte endlich in einem Rechtsstreite nicht blos ein Beklagter in Anspruch genommen, sondern mehre Beklagte, als Streitgenossen, vor einem subjectiv competenten Gerichtsstande belangt werden, dann kann nur ein solcher Gerichtsstand gewählt werden, welcher für jeden einzelnen Streitgenossen zuständig ist, und sollte ein solcher sich in der untern Instanz nicht finden lassen, so ist dann Grund genug vorhanden, um für diesen Rechtsstreit ein forum extraordinarium zu wählen. 4) Solange aber ein derartiger besonderer Grund, die erste Instanz zu umgehen, nicht aufgefunden und nachgewiesen werden kann, muß bei allen gesetzlich begründeten Gerichtsständen der Rechtsstreit bei der untersten Instanz

begonnen und darf diese nicht übersprungen werden. 5) Sollte aber nach Beobachtung dieser Regeln für den Kläger noch eine Mehrzahl gesetzlich subjectiv begründeter Gerichtsstände übrig sein, welche für die nämliche Rechtssache benutzt werden könnten, dann steht dem Kläger allein die Wahl zwischen den mehren Gerichtsständen zu, ohne daß er irgend welche Rücksicht auf die Wünsche des Beklagten zu nehmen hätte, wenigstens läßt sich nach deutschen[4]) Gesetzen mit Grund eine Ausnahme hiervon nicht behaupten. Den Kläger leiten dann aber bei seiner Wahl folgende Rücksichten der Proceßpolitik. Er wird sich a) danach zu richten haben, welche Proceßgesetze der verschiedenen Gerichte ihm am günstigsten sind, was nicht immer gleichmäßig der Fall ist; ferner b), daß alle Streitfragen über die Competenz des Gerichtsstandes durch seine Wahl möglichst vermieden werden; und endlich c), bei welchem Gerichte er zu Leistung einer Proceßcaution nicht verbunden wäre, oder doch sie am leichtesten leisten könnte, was ebenfalls nicht überall gleich ist. 6) Die bisher angegebenen Regeln müssen aber auch in dem Falle angewendet werden, wo der Kläger mehre Ansprüche gegen denselben Beklagten gerichtlich verfolgen will. Denn sollen diese mit einander gleichzeitig cumulirt werden, so muß der Kläger einen solchen Gerichtsstand wählen, welcher für jede einzelne der cumulirten Klagen competent ist. Es wird daher eine solche Cumulation leichter bei einem universellen als bei einem speciellen Gerichtsstande möglich sein, wenn nicht etwa alle zu cumulirenden Forderungen einer und derselben Gattung, z. B. persönliche, an demselben Orte entstandene Ansprüche, oder der specielle Gerichtsstand aus verschiedenen Gründen competent ist, z. B. für den einen Anspruch als forum rei sitae, für den andern als forum contractus. — Sollten aber die mehren Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten nur nach und nach geltend gemacht werden, z. B. erst das Possessorium, dann das Petitorium, dann muß besondere Rücksicht auf das Forum der materiellen Connexität, welches meistens exclusiv ist, genommen werden (vergl. §. 55).

4) Anders im Römischen Recht, doch ist die in L. un. C. quando imper. (3, 14) enthaltene Ausnahme jetzt Antiquität (s. §. 58).

§. 47.

b) Einzelne Gerichtsstände; A) gesetzlich geordnete, A) ordentliche, α) aus objectiver Rücksicht.

I. Betrachtet man nun die einzelnen Gerichtsstände (§. 47—61) getrennt, so ist es nothwendig, zuvörderst von den gesetzlichen und dann von den durch Privatwillkür begründeten, sei diese in einem Vertrage oder Testamente enthalten, zu reden. Denn da die gewillkürten Gerichtsstände nur Ausnahmen von den Regeln bilden, welche in den Gesetzen rücksichtlich der Competenz der Gerichtsstände ertheilt sind, und zugleich Ueberschreitungen der den Gerichten gesetzlich bestimmten Grenzen des Geschäftskreises sind, so muß man doch die gesetzlichen Regeln und Grenzen eher kennen, als von deren Ausnahme und Ueberschreitung geredet werden kann. — Bei den gesetzlichen Gerichtsständen ist aber die weitere Unterordnung mehr willkürlich. Früher ist in diesen Vorträgen den Unterabtheilungen der gesetzlichen Quelle, ob diese im gemeinen oder besondern Rechte, im Privilegium enthalten sei, nachgegangen worden; allein das Eintheilen hiernach gewährt keine scientifischen, aber auch keine praktischen Vortheile, erzeugt eher Nachtheile bei der Anwendung, z. B. man glaubt deshalb, alle gesetzlichen Gerichtsstände könnten prorogirt werden, oder man mischt die Privilegien der Sache unter die der Person und trennt die fora generalia nicht scharf genug von den individuellen, was doch nothwendig ist. Daher ist die Anordnung dahin verändert worden, daß die gesetzlichen Gerichtsstände zunächst in Rücksicht auf die Qualität des Streitgegenstandes und dann in Rücksicht auf das Verhältniß der Person des Beklagten betrachtet werden.

II. In den heutigen Landesgesetzen gibt es sehr viele objectiv privilegirte Gerichtsstände, welche gewöhnlich aus dem Gesichtspunkte angeordnet sind, daß zur Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten besondere, nicht juristische Kenntnisse nöthig sind, welche man bei den gewöhnlichen Gerichten nicht voraussetzen kann. Es sind deshalb auch dergleichen Gerichte meistens auf eigenthümliche Weise besetzt, z. B. die Handelsgerichte durch Beisitzer aus dem Kaufmannsstande, Bergwerksgerichte durch Beisitzer aus den sachverständigen Bergwerksbeamten. Allein dieser Gesichtspunkt lag

weder denjenigen sachlich privilegirten Gerichtsständen, welche das Römische Recht[1]) z. B. für Sachen des Status und des Fiscus eingeführt hatte, zum Grunde, noch bildet er die Grundlage der noch jetzt gemeinrechtlich geltenden dergleichen Gerichtsstände. Das Römische Recht hatte aus verschiedenartigen Gründen, namentlich wegen des öffentlichen oder Staatsinteresses bei dem Ausgange solcher Processe, für die Sachen, welche den Status einer Person oder den Fiscus betrafen, einen privilegirten Gerichtsstand eingeführt. Das Deutsche gemeine Recht hat dies jedoch nicht beibehalten, sondern nur zweierlei Arten von Rechtssachen dergleichen Privilegien ertheilt: den geistlichen und den Lehnssachen.

III. Was zunächst nun die geistlichen Sachen[2]) betrifft, so beruht der privilegirte Gerichtsstand für diese lediglich auf einem Vorzugsrechte, welches der christlichen Kirche seit der Zeit bewilligt wurde, wo sich die römischen Kaiser zum Christenthume bekannten und wo man daher die geistlichen Sachen christlicher Unterthanen nicht an die gewöhnlichen, zum Theile heidnischen Gerichte verweisen wollte[3]), sondern eigenen Gerichten zutheilte. Daß gerade dieses der ursprüngliche Grund des Privilegiums war, ergibt sich daraus, daß bei andern Religionsgenossen, obgleich der Staat sie ebenfalls schützt, nicht die eigenthümlichen Gerichtsstände eintreten, welche den christlich geistlichen Sachen angewiesen sind, sollte gleich selbst das streitige Rechtsverhältniß große Aehnlichkeit mit dem christlicher Unterthanen haben. Es gilt dies namentlich von den Juden nicht allein nach Römischem Rechte[4]),

1) Vergl. Tit. tot. C. III, 22—27.

2) J. H. Böhmer, Jus eccles. Prot., lib. 1, tit. 31, §. 30 sq., lib. 2, tit. 2, §. 23 sq. Glück, Commentar, III, 196. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, §. 34—36. Walter, Kirchenrecht, §. 176 fg., 183 fg.

3) Ueber die Bestimmungen des Römischen Rechts: Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte, III, §. 24. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 1, §. 12.

4) L. 8 C. de Judaeis. (1, 9). Judaei — in his causis, quae tam ad superstitionem eorum, quam ad forum et leges ac jura pertinent, adeant solemni more judicia omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones. Sieber, Gerichtl. Proceß, Aufl. 2, §. 191. Böhmer, l. l., lib. 5, tit. 6, §. 43.

sondern noch jetzt nach Deutschem gemeinen Rechte, indem die geistlichen Angelegenheiten der Juden vor den gewöhnlichen Gerichten verhandelt werden, welche, wenn besondere Sachkenntniß zu deren Entscheidung nothwendig ist, sich des Gutachtens von Sachverständigen im einzelnen Falle bedienen, ohne daß eine beständige Gerichtsbesetzung mit solchen für alle derartige Fälle als erforderlich betrachtet worden wäre. Beruht aber der besondere Gerichtsstand geistlicher Rechtsstreitigkeiten christlicher Unterthanen auf einem eigentlichen Privilegium und nicht auf der Natur der Sache, so ist er auch als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten und läßt keine extensive Interpretation zu, so daß er andern Religionsgenossen, als den christlichen, nicht zukommt. Bei diesen selbst aber kommt er Protestanten sowol als Katholiken gleichmäßig zu Gute, weil die erstern, sofern nicht die veränderten Religionsgrundsätze auf die Entscheidung einer solchen Sache Einfluß haben, den Inhalt des Kanonischen Rechts als verbindend gleichfalls anerkannt haben.

IV. Der Umfang[5]) dieser privilegirten geistlichen Sachen christlicher Unterthanen ist aber ebenso groß als in seiner Ausdehnung bestritten, hier jedoch nur in Bezug auf solche Rechtsstreitigkeiten zu erörtern, wobei nicht Strafen zu verhängen, sondern zunächst nur über das Interesse beider Streittheile zu entscheiden ist. Nach dem Kanonischen Rechte sind aber hierher zu rechnen: 1) rein kirchliche oder rein geistliche[6]) Sachen (causae mere ecclesiasticae seu spirituales), insofern diese überhaupt Gegenstand eines Rechtsstreits sein können. Nach protestantischem Kirchenrechte gibt es keine dergleichen Sachen, welche Gegenstand eines Rechtsstreits sein könnten; nach katholischem sind aber wol nur die Ehesachen hierher zu zählen, da diese deshalb zu den rein kirchlichen Sachen gehören, weil bei den Katholiken die Ehe als Sacrament betrachtet wird und insofern mit dem Gottesdienste in unmittelbarer Beziehung steht. Bei den Protestanten ist dies nicht der Fall, sie zählen daher die Ehesachen auch nur zur zwei-

---

5) Walter, a. a. O., §. 176. Schmid, Handbuch, §. 31.

6) Cap. 8 X. de excess. prael. (5, 31). Cap. 5, 7, X. qui fil. sint legit. (4, 17). Cap. 2 X. de judic. (2, 1).

ten Classe, zu den gemischten geistlichen Rechtssachen, weil nach den Grundsätzen der protestantischen Kirche ein Sacrament in der Ehe nicht gefunden wird, wol aber der Inhalt der Bibel und anderer Kirchengesetze auf Behandlung und Entscheidung der Ehestreitigkeiten Einfluß äußert. — Beide Religionsparteien haben aber einen doppelten Begriff der Ehesachen angenommen, einen weitern und einen engern, und zwar so, daß der privilegirte Gerichtsstand dieser Sachen sich nur auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten erstreckt, welche zu den Ehesachen im engern Sinne gehören. Zu diesen letztern [7]) sind aber nur diejenigen Rechtsstreitigkeiten zu zählen, welche sich auf das eheliche Band, vinculum matrimonii, beziehen, bei denen also entweder die Existenz der Ehe, oder die Verbindlichkeit zu deren Eingehung oder endlich die Veranlassung zu deren Auflösung in Frage ist. Der privilegirte Gerichtsstand umfaßt daher aber auch alle Streitigkeiten über Sponsalien, weil diese theils als Präparatorien zur Eingehung der Ehe zu betrachten sind, theils wenigstens nach Kanonischem Rechte als sponsalia de praesenti einer Ehe im Wesentlichen gleichstehen. — Ob dagegen die Klagen, welche auf Supplirung des älterlichen Consenses in die Verheirathung eines Kindes gerichtet sind, als eine rein geistliche Sache vor das privilegirte Forum des geistlichen Gerichts zu ziehen seien, ist nach gemeinem Rechte nicht entschieden. Es müssen aber wol derartige Processe theils wegen der strengen Auslegung, die man bei allen Privilegien anzuwenden hat, theils deshalb an die gewöhnlichen Gerichte verwiesen werden, weil im Römischen Rechte Bestimmungen darüber vorkommen, daß diese Supplirung von dem gewöhnlichen weltlichen Richter geschehen könne [8]). Ebenso gehören vor den gewöhnlichen Richter alle Streitigkeiten zwischen den Eheleuten wegen Beleidigungen und die Anträge auf deren Bestrafung. — Die Vorschriften der Landesgesetze weichen in allen diesen Beziehungen häufig vom gemeinen Rechte ab. — Zu den Ehesachen

---

7) Glück, a. a. O., S. 153 fg. Gönner, Rechtsfälle, I, 318 fg. G. L. Böhmer, Jus can., §. 341 i. f.

8) L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2). Mühlenbruch, Pandektenrecht, III, §. 511, Note 6.

im weitern Sinne gehören aber alle Streitigkeiten zwischen Eheleuten, welche entweder nur deren Vermögensrechte, besonders während der Dauer einer bestehenden Ehe, betreffen, z. B. über den Nießbrauch des Ehemanns an den Illaten, oder sich auf die rechtlichen Folgen einer noch fort bestehenden gültigen Ehe, z. B. auf Alimentation der Frau durch den Mann, Vorschuß zu den Proceßkosten für die Frau u. s. w. beziehen. Alle dergleichen Ehesachen sind nicht objectiv privilegirt, sondern gehören vor den gewöhnlichen Civilrichter. 2) Dahingegen sind auch die causae accessorie spirituales, d. h. die gemischten geistlichen Sachen, zu den objectiv privilegirten geistlichen Sachen zu zählen. Nach Kanonischem Rechte gehören aber zu diesen a) alle die streitigen Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer christlichen Kirchengemeinde, welche sich auf deren Gesellschaftsverhältniß gründen[9]), mithin namentlich alle Streitigkeiten über Besetzung der eigentlichen Kirchen- und Schulämter, über das Patronatrecht, ferner über die Verbindlichkeit zu kirchlichen oder geistlichen Lasten beizutragen, kirchliche Gebäude zu bauen und zu repariren, kirchlichen Zehnten zu entrichten, endlich über die Kirchenstühle und Begräbnißplätze, soweit diese Sachen nicht nach den Landesgesetzen als bloße Polizeiangelegenheiten zu betrachten und zu behandeln sind. In allen diesen Fällen wird nur das Petitorium den privilegirten, geistlichen Gerichten zugeschrieben, das Possessorium dagegen kann auch nach Kanonischem Rechte vor dem ordentlichen, weltlichen Richter verfolgt werden, welcher in der Execution, worauf es hier namentlich ankommt, als der passendere betrachtet wird. — Weiter aber gehören b) hierher die petitorischen Streitigkeiten, welche das Kirchenvermögen betreffen, insofern von dessen Belastungen oder Befugnissen die Rede, dabei aber nicht zweifelhaft ist, daß das Object zum Eigenthum der Kirche gehört, widrigenfalls diese ihr vermeintliches Eigenthum gegen Dritte bei den ordentlichen, weltlichen Civilgerichten zu verfolgen haben würde. Streitigkeiten über kirchliche Emphyteusen gehören dagegen ebenfalls zu den objectiv privilegirten Rechtssachen und sind die Bestimmungen insgesammt auf das Vermögen der milden

---

9) Cap. 16, 18, X. de off. jud. ordin. (1, 31). Cap. 5 X. de for. comp. (2, 2). Cap. 3 X. de judic. (2, 1). Cap. 7 X. de praescr. (2, 26).

Stiftungen, Klöster, Hospitäler[10]) u. s. w. anzuwenden. c) Endlich sind auch solche Rechtsstreitigkeiten hierher gezählt worden, welche Rechte und Pflichten der Mitglieder einer christlichen Kirche unter einander betreffen, insoweit solche nach Kirchengesetzen beurtheilt werden müssen. Das Kanonische Recht zählt dahin besonders die Streitigkeiten in Betreff eines Eides[11]), entweder über die Gültigkeit eines geleisteten Eides oder dessen Wirkungen, oder auch wol über Relaxation eines geleisteten Eides. Ja man ist sogar soweit gegangen, Klagen auf Privatgenugthuung wegen eines Stuprum[12]) hierher zu zählen, weil das Kanonische Recht dem Schwängerer die Verbindlichkeit auferlegt, die Geschwächte zu heirathen oder zu dotiren, und weil nicht selten in dergleichen Angelegenheiten Sponsalien vorkommen. Indeß ist eine solche Ausdehnung des Privilegiums der geistlichen Sachen in der spätern Zeit nicht gestattet und sind solche Processe an die weltlichen Gerichte gezogen worden. 3) Endlich hat die Anmaßung der Päpste wol auch sogenannte Kirchensachen, obgleich das Kanonische Recht diese als rein weltliche Sachen anerkennt, sub praetextu peccati vor den privilegirten, geistlichen Gerichtsstand ziehen wollen; allein schon zur Zeit des Deutschen Reichs fing man an die übertriebene Ausdehnung der Kirchensachen zu beschränken[13]), solchen Anmaßungen sich zu widersetzen und dieselben durch Concordate mit den Päpsten zu beschränken.

V. Von ganz anderer Art ist die zweite Gattung der objectiv privilegirten Rechtssachen, die eigentlichen **Lehnssachen**, welche nach Deutschem gemeinen Rechte allerdings ein eigenes Forum haben[14]). Die Veranlassung zu dieser Auszeichnung

---

10) Cap. 11, 15, X. de foro comp. (2, 2). Cap. 26 X. de verb. sign. (5, 40).

11) Cap. 3 de for. comp. in VI^to (2, 2). Cap. 2 de jurejur. in VI^to (2, 11). Wiese, Grundsätze des Kirchenrechts, §. 141.

12) Hagemann, Prakt. Erörter., VI, 100, §. 1.

13) Jüngster Reichsabschied, §. 164. Wahlcapitulation Kaiser Franz II., Art. 14, §. 3 fg. Siehe auch Walter, a. a. O., §. 183.

14) Lib. I Feud., tit. 22, 26; Lib. II Feud., tit. 20, 22, 55, §. 2. Pufendorf, IV, obs. 174. Strube, Rechtliche Bedenken, III, 88. Westphal, Lehnrecht, 13, 14. G. L. Böhmer, Rechtsfälle, I, dec. 37, Nr. 23 fg.; dec. 54, Nr. 44. Dess. Jus feud., §. 224.

lag nicht in einer besondern Sachkenntniß, welche zur Entscheidung solcher Sachen erheischt würde, sondern in dem alten deutschen Grundsatze, daß ein Jeder nur durch seines Gleichen gerichtet werden solle, mithin Lehnsleute nur durch pares curiae, woraus denn in älterer Zeit eine eigenthümliche Besetzung solcher Gerichte entstanden war, die sich aber nach und nach verloren hat. — In Ansehung der vor dem privilegirten Gerichtsstande zu verhandelnden Rechtssachen selbst tritt aber eine Beschränkung insofern ein, als das Privilegium nur auf Lehnssachen im eigentlichen Sinne, also Rechtssachen, welche die aus dem wahren Lehnsnexus entspringenden Rechte und Pflichten zwischen Personen, die sich in demselben befinden, betreffen, nicht aber auf Streitigkeiten über uneigentliche Lehne[15]) Anwendung findet. Aber selbst auch bei den eigentlichen Lehnssachen kommt das Privilegium nur dann in Anwendung, wenn der Lehnsherr, als solcher, Gerichtsbarkeit besitzt, was aus der bloßen Lehnsreichung an den Vasallen nicht ohne Weiteres folgt, da dies lediglich eine Privatsache zwischen ihm und dem Vasallen ist. Es ist daher nur bei landesherrlichen Lehnen unzweifelhaft, daß die Rechtsstreitigkeiten über diese vor eine eigene Lehnscurie gehören, weil der Landesherr Jurisdiction besitzt, während bei subordinirten Lehnsherren solches nicht immer der Fall ist. Sollte es daher dem einzelnen Lehnsherrn an aller Gerichtsbarkeit fehlen, so werden die Streitigkeiten auch über wahrhafte Lehne nur bei dem gewöhnlichen Civilrichter verhandelt. Der privilegirte Gerichtsstand für wahre landesherrliche Lehne findet regelmäßig bei den Gerichten zweiter Instanz statt, welche an die Stelle der pares curiae getreten sind. — Wenn endlich Rechtsstreitigkeiten über wahre Lehne nicht blos zwischen solchen Personen entstehen, welche beide im Lehnsnexus sich befinden, von denen vielmehr die eine Partei sich blos auf Allodialansprüche stützt, so gehört der Rechtsstreit nicht vor die Lehnscurie, sondern vor den gewöhnlichen Civilrichter, wie dies besonders bei allen Streitigkeiten über die Trennung des Lehns vom Allode der Fall ist.

---

15) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (Ausg. 4), §. 192. Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts, §. 23.

§. 48.

β) Subjectiv begründete Gerichtsstände 1) universelle;

a) gemeiner des Wohnorts.

I. Soll ein bestimmtes Gericht für einen bestimmten Beklagten als dessen Gerichtsstand des Wohnorts[1]) gelten, so setzt das in Ansehung des Gerichts voraus, daß dieses das regelmäßige, universelle und unmittelbare Civilgericht eines bestimmten Distrikts sei; mithin daß es weder blos das Gericht für gewisse privilegirte Personen oder Sachen, die sich daselbst aufhalten, bezüglich befinden, noch blos das für gewisse Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, sondern daß es das Gericht unterster Instanz des Distrikts sei, dem die allgemeine Gerichtsbarkeit zusteht. Daneben muß in Ansehung des zu Verklagenden erfordert werden, einmal, daß diesem kein persönlich privilegirter Gerichtsstand zustehe, welcher in demselben Bezirke wirksam wäre, dann aber, daß er zur Zeit der anzustellenden Klage innerhalb der Localgrenzen des Gerichts seinen Wohnsitz habe. Unerheblich bleibt es dann, ob der Beklagte in einem schrift- oder kanzleisässigen Hause wohnt; denn das erschwert nur die Insinuation an ihn, gibt ihm aber für seine Person kein Privilegium, indem dieses nur dem Hause anhängt und sich nur auf die hinsichtlich des Hauses zu führenden Processe beschränkt. Ebenso wenig ist aber zur Begründung des Gerichtsstandes des Wohnorts der Nachweis zu verlangen, daß der Beklagte bei Anbringung der Klage seinen persönlichen Aufenthalt in dem Distrikt des angerufenen Gerichts habe, sobald nur nachgewiesen werden kann, daß derselbe ungeachtet seiner Abwesenheit einmal seinen Wohnsitz in dem Gerichtsbezirke constituirt habe, denn dann wird seine Abwesenheit nur als eine Reise betrachtet. Sollten sich aber darüber Zweifel ergeben, ob der Beklagte je in dem Gerichtsbezirke gewohnt habe, dann ist der Kläger allerdings verbunden, die daselbst erfolgte

---

1) Gesterding, im Archiv für civil. Praxis, VII, 412—427, oder Nachforsch., VII, 35 fg. v. Savigny, System des Römischen Rechts, VIII, 57 fg. Schmid, Handbuch, §. 43, I, 79 fg. Bayer, Civilproceß, §. 63, S. 182 fg.

Constituirung des Wohnsitzes zu beweisen. Es genügt aber dazu nicht der Nachweis, daß der Beklagte im Gerichtsbezirke Güter, wären es auch Immobilien, besitze. Denn das macht ihn daselbst nur ansässig, begründet aber an und für sich dort keineswegs dessen Wohnsitz wenigstens nicht nach gemeinem Rechte, welchem der volle Landsassiat, infolge dessen durch den Besitz liegender Güter die allgemeine Unterwürfigkeit des Besitzers unter die Gerichte des Bezirks, wo diese gelegen sind, begründet wird, völlig unbekannt ist. In einzelnen Landesgesetzen findet sich dagegen diese Vorschrift allerdings. — Nach gemeinem Rechte kommt für das Domicil selbständiger Personen vielmehr Alles darauf an, daß der zu Verklagende sich einstmals in dem Bezirke des angerufenen Gerichts persönlich aufgehalten habe, sollte es auch nur auf kürzere Zeit gewesen sein, und daß seinem damaligen Aufenthalte die Absicht zu Grunde gelegen habe, diesen Aufenthaltsort ohne besondere, nicht schon zum voraus zu berechnende Veranlassung, nachher nicht wieder zu verlassen, weßhalb denn diese Wahl des Aufenthaltsorts nicht auf eine schon zum voraus bestimmte Zeit getroffen sein muß[2]). Schon darum läßt sich daher nicht behaupten, daß Pächter, welche auf eine bestimmte Reihe von Jahren gepachtet haben, an dem Orte der Pachtung ein Domicil constituirt hätten, sollten sie gleich den größten Theil ihres Vermögens dahin gebracht haben. Dasselbe muß auch von dem Gesinde gelten, welches bisher an einem andern Orte seinen Wohnsitz hatte, als da, wo die Dienstherrschaft domicilirt ist. Denn bei beiderlei und allen sonst in ähnlichen Verhältnissen stehenden Personen bleibt das früher gewählte Domicil derselben fortbestehen und kann durch dergleichen Etablissements nicht aufgehoben werden, da der jetzige Aufenthalt nur temporär und der Abzug entweder zum voraus bestimmt oder vom Willen eines Dritten, der ausgesprochenen Kündigung, abhängig ist. Wenn man sich zur Begründung einer entgegengesetzten Ansicht bezüglich des Gesindes auf die Bestimmungen

---

2) L. 7 C. de incolis (10, 39). Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde, cum profectus est, perigrinari videtur. Vergl. Glück, Commentar, VI, §. 513.

des Römischen Rechts[3]) über Freigelassene bezieht, so erscheint das ungerechtfertigt, da die Verhältnisse der römischen Freigelassenen und folgeweise die Bestimmungen bezüglich des Wohnsitzes derselben auf unser Gesinde nicht gleichmäßige Anwendung finden können. — Zum Nachweise der Absicht einer Person an einem bestimmten Orte sich einen Wohnsitz constituiren zu wollen, ist aber weder eine ausdrückliche Erklärung derselben, noch diese in einer bestimmten Form erforderlich, vielmehr bleibt es dem richterlichen Ermessen lediglich überlassen, aus einzelnen concludenten Handlungen die Absicht der Begründung des Domicils zu beurtheilen. Dergleichen concludente Handlungen sind z. B. die Annahme eines nicht blos temporellen Dienstes, welcher keinen privilegirten Gerichtsstand begründet und doch zum Wohnen an einem bestimmten Orte verpflichtet, also ein domicilium necessarium[4]) begründet, was bei den meisten Communal- und Gemeindediensten der Fall ist. Die Beurtheilung dieser Absicht hängt jedoch bei nicht selbständigen Personen von dem Willen und der Absicht Dritter ab, mit denen dieselben in so enger Verbindung stehen, daß ihr Gerichtsstand aus der Person jenes Dritten beurtheilt werden muß, was bei Ehefrauen[5]) bis zu völliger Scheidung, und bei den ehelichen Kindern solange sie unter väterlicher Gewalt stehen[6]), insoweit der Fall ist, als bei jenen die Absicht nach

---

3) L. 6, §. 3, D. ad municip. (50, 1). Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur. L. 22 pr., §. 2; L. 27 pr.; L. 37, §. 1, ibidem. Glück, a. a. O., S. 245. Dagegen Seuffert, Archiv der Entscheidungen, IV, 254.

4) Hierüber vergl. Roßhirt und Warnkönig, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. 2, Heft 1, S. 34 fg. Bayer, a. a. O., S. 184. v. Savigny, a. a. O., S. 61.

5) L. 32, 37, §. 2, D. ad municip. (50, 1). L. 5 D. de ritu nupt. (23, 2). L. 5 C. de incol. (10, 39). Cap. 3 de sepult. in VI[to] (3, 12). Wird die Ehe erst durch den Tod des Ehemanns getrennt, so behält die Witwe den Gerichtsstand des Ehemanns bis zur anderweiten Verheirathung. L. 22, §. 1, D. ad municip. — Leben die Eheleute getrennt, so hat doch die Ehefrau das Domicil des Ehemanns. L. 65 i. f. D. de judic. (5, 1). L. 38, §. 3, D. ad municip. L. 9 C. de incol. Ebenso bei einer Scheidung von Tisch und Bett. Dagegen Seuffert, Archiv, IV, Nr. 252. Ob dann durch Vertrag etwas Anderes bestimmt werden könne, bezweifelt Glück, a. a. O., S. 267, 279.

6) Vergl. L. 3, 4, 6, §. 1, D. ad municip. über deren eigene Begründung eines Domicils; auch Gesterding, im Archiv, VII, 426.

der des Ehemanns, bei diesen nach der des Vaters zu beurtheilen ist. Hinsichtlich der unehelichen Kinder wird gewöhnlich behauptet[7], daß diese an dem Orte ihr Domicil haben, wo ihre Mutter den Wohnsitz hat; allein die römischen Gesetzstellen[8], auf welche man sich hierfür beruft, sagen dies nicht, sondern reden von einem forum originis, was auf andern Gesichtspunkten beruht. Man kann daher nach gemeinem Rechte dies nur dann rechtfertigen, wenn die Mutter zugleich die Erziehung dieser Kinder besorgt, oder wol gar als deren Vormünderin bestellt ist; denn eigentlich müßte die Obervormundschaft für sie ein Domicil so lange bestimmen, bis sie nach beendigter Erziehung sich selbst ein solches zu wählen im Stande sind, sei es auch während der Minderjährigkeit mit obervormundschaftlicher Zustimmung. — Wo endlich der allgemeine Gerichtsstand der Zünfte, Corporationen und Gemeinden anzunehmen sei, darüber enthält das gemeine Recht durchaus keine entscheidende Bestimmungen. Allerdings kann man von denselben nicht sagen, daß sie irgendwo wohnen; da aber die wenigsten einen persönlich privilegirten Gerichtsstand haben, so ist auch bei ihnen das Vorhandensein eines allgemeinen, regelmäßigen Gerichtsstandes, welcher die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts vertritt, nothwendig. Gewöhnlich nimmt man zur Ergänzung dieser Lücke an, daß dergleichen juristische Personen dieses Forum entweder bei demjenigen Gerichte haben, in dessen Bezirk sie ausschließlich ihre Versammlungen haben, oder bei demjenigen, welches das Aufsichtsrecht des Staats über die Zusammenkünfte und die Vermögensverwaltung solcher Corporationen auszuüben hat.

II. Sobald aber im einzelnen Falle dargethan ist, daß der zu Belangende an einem bestimmten Orte sein Domicil hat, so dauert dies solange fort, als er lebt und nicht nachzuweisen vermag, daß eine gültige Veränderung in dieser Hinsicht eingetreten sei, z. B. durch spätere Erlangung eines persönlich privilegirten Gerichtsstandes. Dagegen würde es an sich nicht hinreichen, wenn der Beklagte nachwiese, daß er sich später wo anders ein Domicil begründet habe, sobald damit nicht zugleich der Nachweis

---

7) Gensler, Commentar, S. 71. Gesterding, a. a. O.

8) L. 9 D. ad municip.

geführt würde, daß bei dieser Gelegenheit der frühere Wohnsitz aufgegeben worden sei; denn dieselbe Person kann an mehren Orten recht wohl zugleich domicilirt sein[9]). Es tritt aber auch ein Wiederaufleben des frühern Domicils dann ein, wenn dasselbe nur vorübergehend etwa durch einen persönlich privilegirten Gerichtsstand, welcher lediglich eine bestimmte Zeit lang dauerte, ausgeschlossen war, z. B. bei dem Gesinde, welchem der privilegirte Gerichtsstand der Herrschaft, solange es bei derselben dient, ausdrücklich verliehen ist[10]). — Mit dem Tode[11]) des Domicilirten hört aber das Domicil als solches von selbst auf, weil es als etwas Persönliches nicht vererbt werden kann. Es können daher die Erben des Verstorbenen nur dann im Forum des Wohnorts des Verstorbenen nach dem Erbschaftsantritt[12]), gleichviel ob die Erbschaft schon getheilt ist oder nicht, belangt werden, wenn dieses Forum zugleich eine specielle Begründung[13]) für sich hat, z. B. als forum contractus oder delicti des Verstorbenen. Dagegen ist es eine Folge der Litispendenz, daß bereits gegen den Verstorbenen begonnene[14]) Rechtsstreitigkeiten auch nach dessen Tode vor dem Gerichtsstand des Wohnorts desselben fortgesetzt werden. Sollte endlich die Erbschaft von den Erben noch nicht angetreten und daher der Rechtsstreit gegen den Curator der Erbschaftsmasse zu beginnen sein, so gilt dann der Grundsatz,

---

9) L. 5 D. ad municip. (50, 1). Labeo judicat, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere; quod verius est. L. 27, §. 2, ibidem.

10) Wenn dagegen dies Privilegium nicht als ausschließendes auf das Gesinde mit erstreckt ist, so muß man, da die Gesetze von einem solchen Falle ganz schweigen, annehmen, daß das ursprüngliche Domicil während der Dauer der Dienstzeit so gut fortbesteht, wie zwei Gerichtsstände des Wohnorts neben einander. Glück, a. a. O., S. 244 fg.

11) L. 66, §. 4, D. ad senatuscons. rebell. (36, 1). Glück, a. a. O., S. 292.

12) Bülow und Hagemann, Erörter., III, 62. Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, I, 326.

13) L. 1 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13). L. 19 pr. D. de judic. (5, 1). Seuffert, Archiv, VI, Nr. 62.

14) L. 30 D. de judic. (s. §. 152).

daß die Erbschaftsmasse (hereditas jacens) den Verstorbenen auch rücksichtlich des forum repräsentirt[15]).

III. Ist nun aber sowol in Beziehung auf das Gericht, als auf den Beklagten der Gerichtsstand des Wohnsitzes genügend begründet, so können in der Regel alle Arten von Klagen vor demselben erhoben werden, soweit die einzelnen nicht zu den ausgenommenen Sachen gehören, welche diesem Gerichtsstande entzogen sind. Es ist daher das dritte Erforderniß dieses Gerichtsstandes von der Beschaffenheit des einzelnen zu erhebenden Rechtsstreits hergenommen. Zu den eremten Sachen sind aber mit Grund nur die Streitigkeiten über objectiv privilegirte Gegenstände und solche zu zählen, welche mit einem andern Rechtsstreite materiell connex sind (Comp., §. 55). Wenn man dagegen behauptet, daß hierher auch diejenigen Processe zu rechnen seien, welche Gegenstände (res) betreffen, die in einem andern Gerichtsbezirke belegen sind und entweder im possessorium summariissimum oder mit einer petitorischen Klage verfolgt werden, und ferner die Processe auf Rechnungsablage wegen solcher Geschäfte, die in einem andern Gerichtsbezirke geführt worden sind, so läßt sich diese Behauptung wenigstens nach gemeinem Rechte nicht rechtfertigen. Denn nach gemeinem Rechte concurrirt, wenn auch dafür, daß die angeführten speciellen Gerichtsstände ausschließende seien, sich Gründe der Politik anführen lassen, das forum domicilii auch mit diesen speciellen Gerichtsständen electiv, so daß die Wahl des Klägers in jedem einzelnen Falle entscheidet. Was nämlich das possessorium summariissimum in Ansehung solcher Sachen betrifft, welche außerhalb des Bezirks des Gerichtsstandes des Wohnorts des Beklagten liegen, so würde dasselbe, da dieser Besitzstreit nach gemeinem Rechte eine blos provisorische Maßregel[16]) sein sollte, wegen seiner materiellen Connexität unzweifelhaft vor denjenigen Gerichtsstand gehören, wo die Hauptsache im possessorium ordinarium oder im petitorium zu verhandeln wäre, mithin unter Umständen auch vor das forum domicilii, wenn da der Hauptanspruch zu verfolgen wäre. Will man aber das summariissimum als einen selbständigen Rechtsstreit, nach der

15) L. 34 D. de acquir. rer. dom. (41, 1). Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Arndt und Bluntschli, Kritische Ueberschau, I, 182 fg.

16) v. Savigny, Das Recht des Besitzes, §. 51, S. 583 fg. (s. §. 259).

Auffassung mancher Landesgesetze, betrachten, so fehlt es an allen Rechtsgründen, warum dabei nicht ebenso gut wie bei dem possessorium ordinarium das forum domicilii gebraucht werden könnte, da die Hülfsvollstreckung darin ebenso langsam erfolgt, als im possessorium ordinarium. Was sodann aber die Realklagen wegen auswärts belegener Sachen (res) anlangt, so ist in der Gesetzstelle, welche eigentlich dieses forum rei sitae eingeführt hat, ausdrücklich gesagt, daß dieses auch dabei stattfinden solle, mithin ausgedrückt, daß noch ein anderes damit concurriren müsse, was nach der allgemeinen ältern Regel nur das Forum des Wohnorts gewesen sein kann, wie sich deutlich aus L. 26 C. de praescr. long. temp. (7, 33) ergibt. Der scheinbar dagegen in älterer Zeit aus L. 38 D. de judiciis abgeleitete Zweifel ist aber genügend aus dem Vaticanischen Fragmente widerlegt[17]. — In Ansehung des forum gestae administrationis ist endlich in den Gesetzen klar vorgeschrieben, daß es nur zur Begünstigung des Klägers eintreten solle, weil er am leichtesten die erforderlichen Beweismittel am Orte der Geschäftsführung herbeischaffen werde. Eine Pflicht aber dieses Gerichtsstandes sich ausschließlich zu bedienen, ist nicht angeordnet und um so weniger zu behaupten, als dieser Gerichtsstand nur eine Unterart des Gerichtsstandes des Contracts, von diesem aber ausdrücklich verordnet ist, daß

17) L. 3 C. ubi in rem (3, 19). Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, sunt constitutae, jubemus in rem actionem, adversus possidentem moveri (vom Jahre 385). L. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33), in den Worten: Nihil enim prohibet sive in eadem provincia res constitutae sint, sive in alia, super his controversiam in judicio provinciali moveri, et multo magis in hac florentissima civitate vom Jahre 530—532). Fragmenta Vatican. ed. Berolin. p. 89, §. 326. Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Unde perspicis non ejusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet (vom Jahre 293). L. 38 D. de judiciis (5, 1). Quod legatur, siquidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est etc. Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est (von Lucinius Rufus, 222—235 nach Chr. Geb. Hoffmann, Histor. jur. I, 273, 346. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 70, 75 fg. Sintenis, Erläuter. zu Linde, I, 2—17.

der Kläger zwischen diesem und dem Gerichtsstande des Wohnorts zu wählen habe[18]).

IV. Neben dem Forum des Wohnsitzes wird im Römischen Rechte auch noch das forum originis[19]), als ein universelles Forum, welches subjectiv begründet war, erwähnt. Denn nach dem ältern Römischen Rechte wurde die Stadt Rom, nach dem spätern die Stadt Konstantinopel, als die gemeinschaftliche Vaterstadt aller römischen Bürger betrachtet, mochten sie wohnen, wo sie wollten. Hieraus folgerte man denn, daß jeder römische Bürger sich in allen Beziehungen in einer dieser Städte, als dem Centralpunkte seines Bürgerrechts, sobald er sich zufällig dort antreffen lasse, verklagen lassen müsse[20]), und ertheilte nach und nach, um von dieser Verbindlichkeit befreit zu sein, bald einzelnen Personen, bald ganzen Distrikten privilegia revocandi domum. In ähnlicher Weise wurde von den Päpsten für die katholische Geistlichkeit[21]) ein forum originis in Rom begründet, so daß sie ohne Unterschied in Rom sich verklagen lassen sollten. Allein in Deutschland hat von jenem römischen forum originis nie Gebrauch gemacht werden können, nicht einmal hinsichtlich der eigentlichen deutschen Reichsbürger, weil das Deutsche Reich nie einen solchen Centralpunkt des Reichsbürgerrechts gehabt hat. — Außer diesem gab es im Römischen Rechte aber noch ein forum originis pro-

18) L. 19, §. 1, D. de judiciis (5, 1). Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel aliud quid, unde obligatio oritur, certo loci administravit: etsi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere, et si non defendat neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. L. 20 ibid. Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est: ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur: quamvis non ex crediti causa debeatur. L. 2 C. de jurisdict. omn. iud. (3, 13) — nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. L. 1 C. ubi ratiociniis (3, 21). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 27. Schmid, a. a. O., I, 107.

19) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 27. Gesterding, Ausbeute, III, 49. Glück, a. a. O., §. 511.

20) L. 33 D. ad municip. L. 28, §. 4, D. ex quib. caus. (4, 6). L. un. C. de priv. urb. Constant. (11, 20). L. 2, §. 3, 4, 5, D. de judiciis.

21) Cap. 20 X. de for. compet. (2, 2).

prium[22]), welches darin bestand, daß Jeder, welcher in einer römischen Municipalstadt geboren war, unter derselben Obrigkeit, unter welcher seine Aeltern zur Zeit seiner Geburt gestanden hatten, den Gerichtsstand für seine Lebenszeit behielt, mochte er gleich selbst sich ein anderes Domicil erwählt haben. Es beruhte dies auf dem Grundsatze der römischen Staatsverfassung, daß alle Municipalstädte das Recht hatten, von jedem in ihnen Geborenen zu verlangen, die bürgerlichen Lasten daselbst tragen zu helfen, und daß, um dies realisiren zu können, die Unterwerfung derselben unter die Municipalobrigkeit nothwendig war. Von andern römischen Unterthanen, die nicht in Municipalstädten geboren waren, findet sich keine Spur eines solchen Gerichtsstandes an dem Orte, wo sie geboren sind. Auch läßt sich bei der beschränkten Gerichtsbarkeit der Municipalobrigkeiten[23]) dieser Gerichtsstand nach Römischem Rechte weder als ein universeller betrachten, noch wegen der Eigenthümlichkeit der römischen Municipalverfassung in Deutschland in Anwendung bringen, da im Deutschen Reiche nie eine der Municipalverfassung ähnliche Einrichtung bestanden hat. — In der Praxis hat man von diesem Forum Gebrauch machen und es auf Personen ausdehnen wollen, die zwar mit den Bürgern der Municipalstädte sich nicht in gleicher Lage befinden, deren ursprünglicher Gerichtsstand aber ungewiß ist, und zwar zunächst auf die Findlinge, obgleich bei ihnen der Ausdruck forum originis nicht einmal passend ist, da in der Regel weder der Ort ihrer Geburt sich nachweisen läßt, noch weniger ihre Aeltern bekannt zu sein pflegen. Richtiger[24]) ist es daher, den Findlingen wie den unehelichen Pupillen dasjenige Forum als vorläufiges Forum des Wohnorts anzuweisen, wo für ihre Ernährung und Erziehung gesorgt wird, so daß von der Obrigkeit ihr Wohnort solange bestimmt wird, bis sie selbst im Stande sind, sich einen zu wählen und zu begründen. In gleicher Weise hat man auch in Ansehung der Vagabunden ein forum originis begründen

---

22) L. 228 D. de verb. sign. (50, 16), Municipes intelligendi et qui in eodem municipio nati sunt. L. 3, 5, C. de municip. (10, 38).

23) v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 11, S. 124 fg. L. 26 D. ad municip.

24) v. Savigny, a. a. O., S. 101 fg.

wollen, allein nicht mit Recht. Allerdings gilt bei solchen Vagabunden, deren Aeltern, von denen sie ehelich abstammen, bekannt sind, der Gerichtsstand dieser als ererbtes Forum solange, als sie nicht nachweislich sich ein anderes begründet haben; allein es kommt hier nichts auf die Zeit der Geburt an, sondern darauf, welches Forum die Aeltern als Gerichtsstand des Wohnorts zuletzt gehabt haben. Sollte aber der Vagabund das Vaterland seiner Aeltern gänzlich verlassen haben, oder außer der Ehe geboren sein, auch sich nirgend anders ein neues Forum begründet haben, dann fehlt es nach gemeinem Rechte für ihn an einem forum universale durchaus. In solchen Fällen bleibt nichts übrig als gegen denselben an dem Orte, wo er anzutreffen ist, oder wo ihm Vermögen anfällt, einen Arrest auszubringen, wofür in seiner Eigenschaft als Vagabund Grund genug vorhanden ist, und durch den Arrest ein eigenes wenn auch nur ein specielles Forum, d. h. ein nur für den einzelnen Fall, wegen dessen der Arrest nachgesucht worden ist, gültiges, zu begründen (§. 56).

§. 49 und 50.

b) Privilegirter Gerichtsstand der Personen;

a) dessen Beispiele nach Deutschem Reichsrechte und b) dessen allgemeine rechtliche Natur.

I. An die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts tritt bei persönlich privilegirten Beklagten, wie bereits bemerkt wurde, deren allgemeiner befreiter Gerichtsstand[1]). Schon im Römischen Rechte[2]) war ein in dieser Weise bevorzugter Gerichtsstand zunächst den Soldaten und sodann den Geistlichen, als militia togata, verliehen. Aus diesen und den im ältern Deutschen Rechte vorkommenden Bestimmungen über die Gerichte der pares curiae für Edelgeborene entwickelten sich die befreiten Gerichtsstände einzelner Personen, welche man noch jetzt als Deutsches gemeines

1) L. 36, §. 1, D. de judic. (5, 1). Bielitz, Ueber versch. Gerichtsstände, §. 25 fg. Bayer, Civilproceß, §. 72, 73, S. 218 fg.

2) L. 6 C. de jurisd. (3, 13). L. ult. C. de re milit. (12, 56). L. 8 C. de divers. offic. (12, 60). Nov. 83, 123, cap. 8, 21—23. Glück, Commentar, VI, §. 525.

Recht betrachten kann, wenn auch gerade in dieser Rücksicht die Gesetzgebungen der einzelnen Länder die meisten Veränderungen gemacht haben. — Es genießen aber eines privilegirten Gerichtsstandes nach gemeinem Rechte: 1) alle Mitglieder einer ehemals reichsständischen Familie mit Ausnahme des jedesmal regierenden Landesfürsten[3]), soweit dieser nicht, wie das bereits Reichsherkommen[4]) war, gesetzlich sich verpflichtet hat, vor den Gerichten mittlerer Instanz seines Landes seinen Unterthanen gegenüber Recht zu nehmen, was jedoch regelmäßig nur in andern Rechtssachen[5]) als in solchen, welche die Ausübung der Landeshoheitsrechte betreffen, der Fall ist. Ob dieses Reichsherkommen auch da, wo die Landesgesetzgebung es nicht ausdrücklich wiederholt, Geltung hat, ist zweifelhaft[6]). Der privilegirte Gerichtsstand der Mitglieder der frühern reichsständischen Familien ist auch in der deutschen Bundesacte[7]) anerkannt. 2) Kommt ein solches Privilegium in der Regel allen wirklichen Staats- und Hofdienern[8]) von einigem Range im Lande ihrer Anstellung und zwar den erstern regelmäßig bei den Landesgerichten mittlerer Instanz, letztern auch gewöhnlich bei dem Hofmarschallamte zu. Sofern sie dagegen als Gesandte in einem andern Staate sind, werden sie von allem Gerichtsstande des Staats, an welchen sie gesendet sind, mit ihrem Gefolge eximirt, so daß dort gegen sie auch kein Gerichtsstand des Vertrags anwendbar ist und sie nur im Vaterlande verklagt werden können. 3) Der schon im Römischen Rechte begründete privilegirte Gerichtsstand des Militärs

---

3) Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 317. Danz, Reichsgerichtsproceß, §. 217. Seuffert, Archiv, I, Nr. 273.

4) Gönner, a. a. O., §. 303, II, 2. Danz, Ordentl. Proceß, Ausg. 2, §. 24, Note h. v. Schelhaß jun., Ueber die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte zwischen den unmittelbaren Reichsunterthanen und ihren Landesobrigkeiten, 1795.

5) v. Bülow und Hagemann, Erörter., I, 46; IV, 139. Anderer Meinung ist Pfeifer, Prakt. Ausführungen, I, 266.

6) Brauer, Beiträge zum Staatsrecht des Rhein-Bundes, S. 204. Rudhardt, Das Recht des Deutschen Bundes, S. 152, §. 8. Klüber, Oeffentl. Recht des Deutschen Bundes, S. 148.

7) Art. XIV, c. der Bundesacte. Klüber, a. a. O., §. 232, 233.

8) v. Bülow und Hagemann, a. a. O., IV, Erört., 73. Glück, a. a. O., S. 358 fg.

gilt auch gemeinrechtlich noch für dessen Civilsachen (Note 2). 4) Dem Adel[9]) war meistens für seine Person, nicht so allgemein für seine Güter, die Schriftsässigkeit zugestanden. 5) Für die geistlichen Personen[10]), sogar Schuldiener, Küster und dergleichen, war vor eigenen geistlichen Gerichten und 6) für die akademischen Bürger[11]) vor den akademischen Gerichten ein besonderer Gerichtsstand begründet.

II. Von dem einer Person verliehenen privilegirten Gerichtsstande, welcher seinem objectiven Umfange nach universell ist, gelten folgende allgemeine Grundsätze: 1) Das Privilegium erstreckt sich zunächst auf die Ehefrau und ehelichen Kinder des Privilegirten[12]), nicht aber auf dessen Gesinde[13]), soweit dies nicht in Landesgesetzen ausdrücklich angeordnet ist; 2) der privilegirte Gerichtsstand tritt für den Privilegirten an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts, und sind bei demselben alle nicht exemten Rechtssachen zu verfolgen, so daß auch hier das Forum der belegenen Sache und der geführten Verwaltung nicht exclusiv sind[14]). Die individuellen Gerichtsstände aber concurriren namentlich dann, wenn die letztere an einem andern Orte desselben Gebiets begründet sind, als an demjenigen, wo der privilegirte Gerichsstand wirksam sein kann, z. B. in einer andern Provinz desselben Landes, oder wenn der privilegirte Richter kein Oberrichter ist. 3) Außerhalb des Landes, für welches dem Einzelnen ein privilegirter Gerichtsstand zukommt, hat derselbe keine Geltung[15]).

9) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 64 a. E. Klüber, a. a. O. — Von den Pachtern schriftsässiger Güter. Strube, Rechtl. Bedenken, V, 74. Hagemann, Prakt. Erört., V, 14.

10) C. 12, 18, X. de foro comp. (2, 2). Eichhorn, Kirchenrecht, II, 134. Richter, Kirchenrecht, Ausg. 1, §. 191, III; §. 192, II, 196, S. 360, 364, 374.

11) Authent. Habita C. ne fil. pro patre (4, 13). Leyser, sp. 77, m. 1.

12) L. 13 C. de dignitat. (12, 1). L. 22, §. 1, D. ad manicip. (50, 1). Pufendorf, II, obs. 93, animadvers., no. 16.

13) Dorn, Gesindrecht, §. 209. Glück, a. a. O., I, §. 99; VI, §. 522.

14) L. 36, §. 1, D. de judic. (5, 1). Cap. 1, pr. de privil. in VI[to] (5, 7). Glück, a. a. O., S. 341, Nr. 5.

15) v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., IV, 415 a. E. Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg, I, 289. Bezüglich eines im Auslande lebenden Pensionärs, Seuffert, Archiv, IV, Nr. 146.

4) Es erlöscht endlich der privilegirte Gerichtsstand mit dem Aufhören der bevorzugten Eigenschaft, oder Stellung des Privilegirten, außer wenn er zugleich als specieller Gerichtsstand begründet oder dem Privilegirten die erste Ladung in dem einzelnen Processe vor dem Erlöschen des Privilegiums behändigt war[16]); ingleichen mit dem Tode des Privilegirten, in welchem Falle[17]) er jedoch für die Witwe und dessen Kinder, bis sich dieselben einen eigenen Gerichtsstand begründet haben, z. B. durch anderweite Verheirathung oder den Beginn eines eigenen Hausstandes, fortdauert.

§. 51.

2) Individuelle Gerichtsstände:

aa) Der belegenen Sache.

I. Das Römische Recht hat nach und nach neben den universellen Gerichtsständen der Beklagten noch mehre Gerichtsstände, welche man specielle oder individuelle nennt, eingeführt, um dadurch die Rechtspflege zu erleichtern, insbesondere dem Kläger die Verfolgung seiner Ansprüche um so eher möglich zu machen. Diese Anordnung hat auch in Deutschland solange, als das Deutsche Reich existirte, unbedenklich Anwendung gefunden, weil die Einheit der Justizverfassung sich durch alle einzelne Territorien erstreckte, mithin keine wesentliche Abweichung von den Voraussetzungen des Römischen Rechts in dieser Materie vorhanden war, gesetzt auch derselbe Beklagte hatte den speciellen Gerichtsstand in einem andern Reichslande, als wo der universelle Gerichtsstand desselben begründet war. Allein das ist wesentlich verändert worden durch die Auflösung des Deutschen Reichs und die Theilung desselben in mehre souveraine Staaten, zwischen denen es, wenn sie auch durch eine Bundesverfassung vereinigt sind, an einer Einheit der Justizverfassung gänzlich fehlt. Es kann daher die Frage, ob das, was nach Römischem Rechte über die Concurrenz specieller und universeller Gerichtsstände angeordnet ist, zwischen diesen verschiedenen Staaten noch Geltung habe, nur nach den

16) L. ult. C. de veteran. (12, 47). Pufendorf, III, obs. 197.
17) Arg. L. 22, §. 1, D. ad municip. (50, 1).

Grundsätzen des Völkerrechts beurtheilt werden, soweit nicht specielle Verträge zwischen den einzelnen Staaten in dieser Beziehung geschlossen und deshalb maßgebend sind. Die Grundsätze des gemeinen Rechts über Anwendbarkeit der individuellen Gerichtsstände gelten daher unbezweifelt nur noch von dem Falle, wenn in demselben Staatsgebiete der universelle und specielle Gerichtsstand für den einzelnen Beklagten begründet ist. — Für einen solchen Fall ist dann aber im Allgemeinen zuvörderst zu erinnern, daß alle individuellen Gerichtsstände sich lediglich auf einen bestimmten Rechtsstreit beziehen und in jedem andern von neuem nachgewiesen werden müssen, also nur relativ begründet sind, was bei den universellen Gerichtsständen nicht der Fall ist. Daher richten sich dieselben hauptsächlich nach der rechtlichen Natur der zu erhebenden Klage, worauf bei dem universellen Gerichtsstande nichts ankommt, und nur dann findet eine Ausnahme davon statt, wenn der Zusammenhang zwischen den mehren Rechtsstreitigkeiten den Gerichtsstand bestimmt, also beim Forum der materiellen Connerität mehrer Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien. Ist nun aber ein solcher individueller Gerichtsstand gehörig begründet, dann müssen sich auch die Erben[1]) des zu Verklagenden demselben unterwerfen, sollte gleich der ursprüngliche Beklagte, ehe der Rechtsstreit begonnen wurde, verstorben sein.

II. Zu den regelmäßigen Fällen eines individuellen Gerichtsstandes gehört aber zunächst der Gerichtsstand der belegenen Sache[2]), als derjenige schon nach gemeinem Rechte für alle Classen der Staatsbürger angeordnete specielle Gerichtsstand, welcher bei dem Civilgerichte unterer Instanz desjenigen Distrikts, innerhalb dessen der Gegenstand irgend eines dinglichen Anspruchs sich befindet, eben dadurch in soweit begründet ist, als dieser Gegenstand nicht selbst ein Privilegium hat, was man Schriftsässigkeit des Grundstücks zu nennen pflegt. Denn es gibt in Deutschland, namentlich in Sachsen, Grundstücke, zumal Häuser, welche

---

1) L. 19 pr. D. de judic. (5, 1). Linde, Abhandlungen, II, 116—121. Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis, XIX, 337 fg.

2) Heffter, im Archiv für civil. Praxis, X, 201. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 53 fg. Schmid, Handbuch, §. 45, S. 83 fg. Bayer, Civilproceß, §. 65, S. 191 fg.

ein Realprivilegium haben, vermöge dessen sie nicht dem Untergerichte des Distrikts, wo sie liegen, sondern nur dem Obergerichte, welches eigentlich die zweite Instanz für diesen Distrikt bilden würde, unterworfen sind. — Was aber das eigentliche forum rei sitae betrifft, so müssen wir annehmen, daß dasselbe im Römischen Rechte vor dem Jahre 331 nicht bekannt gewesen und erst im Jahre 385 n. Chr. durch ausdrückliche Vorschriften[3]) darüber eingeführt worden ist. Die Veranlassung zur Begründung dieses besondern Gerichtsstandes könnte wol darin gefunden werden, daß bei dinglichen Klagen die Beweisführung bei dem Gerichte der belegenen Sache bisweilen, besonders wenn es auf Ocularinspection ankommt, erleichtert werde; allein da derselbe Gesichtspunkt auch bei manchen persönlichen Klagen, z. B. der actio finium regundorum, vorkommen kann, das Gesetz aber gleichwol nur für dingliche Klagen das forum rei sitae ausdrücklich angeordnet hat, so muß wol eine andere Veranlassung für die Einführung dieses Gerichtsstandes vorhanden gewesen sein. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen Angabe derselben in den Gesetzen muß man den Grund für diese Einrichtung wol mit Recht darin finden, daß die Execution in allen Fällen, wo der Kläger obsiegt, nur in das Object des Rechtsstreits selbst geschehen kann, mithin nur am Orte der belegenen Sache, während alle persönlichen Ansprüche kein bestimmtes Executionsobject haben, folglich vor dem universellen Gerichtsstande vorgenommen werden können.

III. Soll nun aber vom Gerichtsstande der belegenen Sache Gebrauch gemacht werden, so wird dazu erfordert: 1) daß der entfernte Gegenstand des Rechtsstreits sich in dem Distrikte des Gerichts befindet, wo die Klage erhoben wird, und daß dieser Gegenstand kein Realprivilegium genießt. Dagegen kommt auf die persönlichen Verhältnisse des zu belangenden Inhabers dieser Sache nichts an, indem auch privilegirte Personen dieses Forum anerkennen müssen. Hieraus und aus dem überhaupt für die Einführung des Gerichtsstandes der belegenen Sache angeführten

3) In L. 38 D. de judiciis (5, 1). L. 50, §. 2, ibid. Frag. Vatic. edit. Berol., §. 326, findet es sich nicht, erst in L. 3 C. ubi in rem (3, 19). Nov. 69, cap. 1. Vergl. §. 48, Note 1. Seuffert, Archiv, I, 108.

Grunde läßt sich die Frage beantworten, wo das forum rei sitae begründet sei, wenn über dingliche, namentlich Prädialservituten gestritten wird, das dienende Grundstück aber in einem andern Gerichtsbezirke als das herrschende gelegen ist. In einem solchen Falle kann es nämlich nur auf die Lage des dienenden[4]) Grundstücks ankommen, in welchem die Execution vollstreckt wird und daher als Gegenstand des Rechtsstreits recht eigentlich zu betrachten ist, nicht aber auf die des herrschenden, welche für den fraglichen Rechtsstreit unerheblich ist. — Es kann ferner darauf, ob der Gegenstand des Rechtsstreits eine bewegliche Sache sei oder eine unbewegliche[4]), nichts ankommen. Dagegen bleibt die Frage, ob über eine universitas juris, namentlich eine Erbschaft, auch bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache der Proceß geführt werden könne, da eine solche eigentlich nirgends gelegen ist, besonders deshalb zweifelhaft, weil durch die L. un. C. ubi de heredit. (3, 20) eine derartige Klage entweder an den Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten, oder an den Ort, wo die meisten Erbschaftsgegenstände liegen, jedoch nur unter der Bedingung gewiesen ist, wenn der Inhaber der einzelnen Erbschaft sich eben daselbst befindet (degit). — Die aus dieser Stelle entstehende Schwierigkeit läßt sich aber wol dadurch erklären und heben, daß jene Lex aus einer Zeit herrührt, in welcher der Gerichtsstand der belegenen Sache noch nicht eingeführt war; denn sie ist vom Jahre 261, zu welcher Zeit, wie aus dem citirten Vaticanischen Fragmente vom Jahre 293 sich ergibt, das forum rei sitae unzuläßig war. Nimmt man dieses an[5]), so folgt daraus, daß heutigen Tags auf die persönliche Gegenwart des Besitzers der Erbschaft nichts mehr ankommt, weil das Gesetz, welches das forum rei sitae einführt, einer solchen Beschränkung nicht gedenkt.

---

4) L. 3 C. ubi in rem (3, 19). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 71. Seuffert, a. a. O., IV, 83.

5) L. un. C. ubi de hered. (3, 20). Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem **domicilium** habet qui convenitur, *vel si ibi*, ubi res hereditariae *sitae* sunt, degit, hereditatis controversia erit terminanda. Dat. 7 Kal. Maji, Seculari et Donato Conss. 261. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 64 fg. Schmid, a. a. O., S. 84 fg. Seuffert, a. a. O., IV, 84. Anderer Meinung ist Bayer, a. a. O., S. 194 fg.

Vorsichtiger wird es aber dann, wenn man nicht blos einzelne Erbschaftssachen einklagen, sondern über das ganze Erbrecht streiten will, immer sein, an den Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten sich zu wenden. 2) Bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache gilt aber als ein weiteres Erforderniß das Belegensein des Streitgegenstandes. Es soll damit ein gewisser Zustand der Ruhe ausgedrückt werden, welcher zwar bei Immobilien keinen Zweifel leiden kann, desto mehr aber bei Mobilien, namentlich bei solchen, welche nur durch einen Gerichtsbezirk durchpassiren und nicht etwa dort eine längere Zeit aufbewahrt werden. Man erachtet daher in der Praxis dies nicht für ausreichend, sondern setzt zur Begründung dieses Gerichtsstandes bei Mobilien eine Arrestanlegung voraus, um einen gewissen Zustand der Ruhe hervorzubringen. In den Bestimmungen der Gesetze findet sich eine solche Voraussetzung nicht, vielmehr bedient sich der Gesetzgeber nicht einmal des Ausdrucks res sitae, sondern nur res constitutae, was auf jenen Zustand der Ruhe kaum hinweist. Es bleibt daher allerdings zweifelhaft, ob man ein solches Erforderniß ohne den Vorgang einer constanten Praxis rechtfertigen könne. 3) Endlich ist es nach den Worten der L. 3 C. cit. durchaus nothwendig, daß die anzustellende Klage eine dingliche sei, und unzweifelhaft, daß rein persönliche Klagen bei diesem Gerichtsstande, als solchem, nicht stattfinden, wenn nicht etwa im einzelnen Lande nach Deutschem Rechte landsassiatus plenus gilt, welcher jedoch auf Seiten des Beklagten den Besitz von Immobilien voraussetzt. — Hiervon abgesehen hat man in neuerer Zeit [6]) angefangen zu behaupten, daß durch Nov. 69, cap. 1, das

---

6) S. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 66 fg. Nov. 69, cap. 1. Haec considerantes, praesentem ponere legem existimavimus oportere, et praecipimus omnibus in provinciis judicibus, quicunque nostris obediunt sceptris etc., ut unusquisque in qua provincia deliquit aut in qua pecuniarum aut criminum reus fit, sive de terra et terminis, sive de proprietate, sive de possessione aut hypotheca, vel de qualibet alia occasione: illic etiam juri subjaceat (hoc enim apud legislatores praecedentes varie quidem dictum est, licet non pure et sicut nos illud excogitavimus) non vero extra terminos provinciae litigare studeat. Dagegen Glück, a. a. O., VI, S. 304, Note 38. Mühlenbruch im Archiv für civil. Praxis, XIX, 377 fg.

Forum der belegenen Sache so erweitert sei, daß sogar persönliche Klagen bei demselben angestellt werden könnten. Allein da in dieser Novelle ausdrücklich erklärt ist, daß es keineswegs die Absicht des Gesetzgebers sei, etwas Neues anzuordnen, vielmehr nur die ältern gesetzlichen Bestimmungen deutlicher auszusprechen, so läßt sich jene Behauptung nicht rechtfertigen. Die zweifelhaften Ausdrücke jener Novelle sind aber um so weniger entscheidend, als selbst bei persönlichen Klagen, von denen sie allein redet und für welche sie das forum contractus und delicti bestimmt, als Incidentfragen, Eigenthums- und andere dingliche Fragen vorkommen können, ohne dadurch die Natur der erhobenen Klage zu ändern. Auch findet diese Ansicht ihre Bestätigung darin, daß das Kanonische Recht[7]) die L. 3 C. cit. unverändert wiederholt. — Muß man hiernach aber das Fortbestehen der ältern Bestimmungen annehmen, so kann man auch das forum rei sitae nicht, wie das häufig geschieht, auf die actiones in rem scriptas ausdehnen. Denn obgleich dieselben gegen jeden Besitzer erhoben werden können, so sind sie doch entschieden persönlicher Natur, indem nur durch eine ausgedehnte gesetzliche Bestimmung die Verbindlichkeit auf jeden Besitzer übertragen ist, sollte sie gleich ursprünglich nicht bei ihm entstanden sein. Auch ist die entgegenstehende Behauptung nicht aus der L. 38 D. de judiciis (5, 1) zu rechtfertigen, theils weil sie aus einer Zeit herrührt, in welcher es noch kein eigenes forum rei sitae gab, theils aber und besonders weil die Verbindung der actio ad exhibendum mit einer anzustellenden rei vindicatio, welche in der Stelle gebilligt wird, sich allerdings aus der Connexität der beiden Klagen rechtfertigt, da die erstere als blos vorbereitend, mit Recht bei dem Gerichte der Hauptsache erhoben wird, ohne daß dieses als das forum rei sitae zu betrachten wäre, also in jener Stelle nur die Zulässigkeit des Gerichtsstandes der materiellen Connexität gebilligt wird, nicht aber aus der Verbindung beider ein Schluß darauf gezogen werden darf, daß die actiones in rem scriptae bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache erhoben werden könnten. — Wenn man weiter behauptet, daß auch die actiones mixtae, namentlich familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum bei dem Forum der belegenen

7) Cap. 1, §. 3, de foro comp. in VIto (2, 2).

Sache erhoben werden könnten, so möchte dies allerdings bei einer neuen Gesetzgebung sehr empfehlenswerth sein; allein nach dem bisherigen gemeinen Rechte läßt es sich nicht vertheidigen, weil das Römische Recht[8]) sie ausdrücklich zu den persönlichen Klagen rechnet. — Was endlich die possessorischen Rechtsmittel betrifft, so ist die Zulässigkeit derselben, soweit sie auf Erlangung des Besitzes[9]) gerichtet sind (remedia adipiscendae possessionis), auch im forum rei sitae wenig bedenklich, weil solche Rechtsmittel präparatorischer Natur sind und wegen des Zusammenhangs mit der demnächst anzustellenden Realklage auch bei diesem Gerichtsstande, als dem forum continentiae causarum, zulässig sein müssen. Dagegen kann bei den remediis retinendae und recuperandae possessionis nicht dasselbe gelten, weil diese als persönliche Klagen aus unerlaubten Handlungen betrachtet werden müssen und als solche nach Römischem Rechte an dasjenige Gericht gewiesen sind, in dessen Bezirke die unerlaubte Handlung vorgenommen ist, an das forum delicti in der weitern Bedeutung. Es fehlt auch um so mehr an allem Grunde dergleichen Ansprüche an das forum rei sitae zu bringen, als es unzweifelhaft ist, daß zur Zeit der darauf bezüglichen L. un. C. ubi de possess. (3, 16), das forum rei sitae bereits gesetzlich bestand[10]), gleichwol dessen hierbei gar nicht

---

8) L. 1, §. 1 C. de annali excep. (7, 40). — Jubemus omnes personales actiones XXX. annorum spatiis concludi — Nemo itaque sudeat, neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo neque finium regundorum — neque alterius cujuscunque personalis actionis vitam longiorem esse XXX. annis interpretari. Anderer Meinung sind Linde, Lehrbuch, §. 90, Note 6. Bayer, a. a. O., S. 194.

9) L. un. C. ubi de hered. (3, 20) Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, Ausg. 10, S. 913. Arndt, Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Processes (Bonn 1851), I, 113—117, bezweifelt diesen Satz; vergl. Sintenis, Erläuter., I, 34—46.

10) L. un. C. ubi de possess. (3, 16). Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum qui possessionem turbavit, convenit judicare (v. Z. 366). v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 6, 35, S. 456. Vergl. Albrecht über das interd. uti possid. (Halle 1824), S. 149, 195. Anderer Meinung sind Linde, Lehrbuch, §. 90, Note 7, welcher die remed. recuperand. possess. an das forum rei sitae; und Puchta, Dienst der deutschen Justizämter, I, §. 56; Gensler, Commentar, I, 95, welche alle possessorischen Rechtsmittel dahin weisen.

gedacht ist. Wenn nun zwar auch bei Immobilien eine Besitzstörung und Entsetzung kaum an einem andern Orte denkbar ist, als wo das Object liegt, und deshalb das forum delicti mit dem der belegenen Sache regelmäßig zusammenfallen wird, so ist dies dagegen bei Mobilien und dem Quasibesitz an Rechten, weil in diesen Fällen beiderlei unerlaubte Handlungen sehr häufig an einem andern Orte vorkommen, als wo der Gegenstand des Rechtsstreits sich befindet, durchaus nicht die Regel, so daß für diese Fälle das forum rei sitae nur dann begründet sein kann, wenn eine materielle Connexität zwischen solchen Besitzklagen und der Hauptklage vorhanden ist, in welchem Falle dasselbe Gericht als forum rei sitae und ex connexitate causarum, allein eigentlich nur auf den letztern Grund hin zuständig ist.

§. 52.

bb) Gerichtsstand persönlicher Verbindlichkeiten;

α) überhaupt.

I. Für die persönlichen Klagen aus irgend einer Verbindlichkeit (obligatio) hatte das Römische Recht ebenso, wie für die dinglichen, einen eigenen individuellen Gerichtsstand, und zwar schon früher als das forum rei sitae, eingeführt, das forum contractus [1]), in der Weise, daß, gleichviel ob die Verbindlichkeit, welche Gegenstand des Rechtsstreits war, aus einem wirklichen Vertrage, oder quasi ex contractu, oder selbst aus einem Delict entstanden war, dieser Gerichtsstand der persönlichen Klage zur Anwendung kam, daß auch, wenn von demselben die Rede war, alle Arten von Verbindlichkeiten durch den allgemeinen Namen

---

1) v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 16 fg. Briel, Gerichtsstand der persönl. Verbindlichkeiten (1828). Linde, Abhandlungen, II, 75. Ayrer, De foro obligationum (Göttingen 1830). Hellmuth, Ueber den Gerichtsstand der persönl. Verbindlichkeiten (München 1836). Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis, XIX, 337 fg. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 46, S. 88 fg. Albrecht, Ueber das Motiv des for. contr. (Würzburg 1845). v. Savigny, System des Römischen Rechts, VIII, 205 fg. Bayer, Civilproceß, §. 66, S. 196 fg.

„Contract" bezeichnet wurden[2]). — Die erste Veranlassung zu einem solchen Gerichtsstand des Contracts mag wol, wie v. Bethmann-Hollweg erinnert hat, eine supponirte Prorogation des Gerichtsstandes von Seiten der Contrahenten, wenn auch eine stillschweigende, gegeben haben, da durch einen ausdrücklichen Nebenvertrag dieser Gerichtsstand unanwendbar gemacht werden konnte[3]) Allein es paßt dieser Grund schon nicht auf die Verbindlichkeiten aus Verbrechen, wobei auch solche Nebenverträge nicht vorkommen können, und am wenigsten läßt sich diese Ansicht mit den neuesten gesetzlichen Bestimmungen in Nov. 69, cap. 1 (§. 51, Note 6,), worin Justinian die zerstreuten ältern Bestimmungen über diesen Gerichtsstand zusammenfaßt und auf neue Principien zurückführt, vereinigen. Hiernach ist nämlich jeder persönlich Verpflichtete, mag er durch ein Verbrechen oder einen erlaubten Grund seiner Verbindlichkeit als verpflichtet betrachtet werden, durch das Gesetz ipso jure und ohne Rücksicht auf seinen Willen verbunden sich dem Gerichte zu unterwerfen, in dessen Bezirke er delinquirt, oder sich sonst verpflichtet hat. Als den Beweggrund und Zweck dieser erneuerten Disposition gibt aber der Gesetzgeber den Umstand an, daß die Beweise über die etwa bestrittene Verbindlichkeit nirgends leichter geführt werden könnten als bei dem Gericht, wo die Verbindlichkeit entstanden sei. Man kann daher nach dieser gesetzlichen Bestimmung den Gesichtspunkt der Prorogation heutigen Tags nicht mehr als die Grundlage dieses Gerichtsstandes betrachten.

II. Hält man sich nun an diese neueste gesetzliche Begründung des Gerichtsstandes des Contracts, so ist die erste in neuerer Zeit erhobene Streitfrage[4]), ob der Ort, wo die Verbindlichkeit

---

2) L. 20 D. de judic. (5, 1). Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est ut, ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur: quamvis non ex crediti causa debeatur. L. 2, §. 4. L. 19, §. 1. L. 36, §. 1, D. eod. tit. L. 4, §. 4, D. fin. regund. (10, 1). L. un. C. ubi de possess. (3, 16). Nov. 69, cap. 1.

3) v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 20 fg. L. 19, §. 2, D. de judiciis (5, 1). Proinde et si merces vendidit certo loci, vel disposuit vel comparavit, videtur, nisi alio loci, ut defenderet, convenit, ibidem se defendere.

4) Linde, im Archiv für civil. Praxis, VII, 59 fg. Abhandlungen, a. a. O. Nach der neuesten Ansicht ist das for. contr. an dem Orte be-

entstanden, oder nicht vielmehr derjenige Ort, wo die Zahlung zu leisten ist, den Gerichtsstand der persönlichen Verbindlichkeit begründe, leicht zu entscheiden. Nach der ältern Meinung war dieses Forum regelmäßig nur am Ort der entstandenen Verpflichtung begründet, wenn nicht ein ausdrückliches pactum adjectum einen andern Zahlungsort festsetzte, was jedoch nur bei wahren Verträgen vorkam. Denn in solchem Falle ist durch ein specielles Gesetz der Zahlungsort für den Gerichtsstand der persönlichen Verbindlichkeiten erklärt worden[5]), daher man denn auch von einem Gerichtsstande der zu leistenden Zahlung niemals redete, sondern dies nur als eine Ausnahme vom forum contractus betrachtete. Seitdem aber durch v. Linde diese Ausnahme zur Regel erhoben und selbst da, wo nichts über den Zahlungsort festgesetzt ist, hiernach das Forum des Contracts beurtheilt werden soll, ist mannichfacher Streit über diese Frage entstanden. Man hat dabei wol die Bedeutung der Nov. 69, cap. 1, nicht gehörig erwogen; denn nach dieser sollen für Delicte und Verträge einerlei Grundsätze in Ansehung dieses speciellen Gerichtsstandes gelten, und ist der Gerichtsstand für die Delicte ausdrücklich dahin gewiesen, ubi quis delinquit oder ubi res ablata est, was auch ganz mit dem Zwecke der Gesetzgebung übereinstimmt. Dasselbe ist auch in Ansehung der Verbindlichkeit aus einem erlaubten Fundamente in der Novelle angedeutet, indem sie sagt, das forum contractus sei da, ubi quis reus est pecuniae. Hiermit stimmen aber auch schon die ältern gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung eines Quasicontracts überein, indem namentlich der Ort der geführten Verwaltung, nicht aber der Ort

---

gründet, wo nach der Absicht der Contrahenten der Vertrag erfüllt werden soll. Albrecht, a. a. O.. v. Savigny, a. a. O., S. 205 fg Bayer, a. a. O., S. 198.

5) L. 3 D. de rebus auctor. judic. (42, 5) — aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia. L. 21 D. de oblig. et act. (44, 7). Contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur in quo, ut solveret, se obligavit. Man muß hier die Verabredung eines Zahlungsorts voraussetzen, sonst schwankt ja dieser. Diese Stellen stammen wol noch aus der Zeit, wo eine stillschweigende Prerogation dem Gerichtsstande des Contracts zu Grunde lag.

der zu leistenden Zahlung als Gerichtsstand des Contracts erklärt worden ist[6]); soviel dagegen das eigentliche forum contractus betrifft, so weist nicht nur die L. 2 C. de jurisdict. omn. (3, 13) auf den Entstehungsort der Verbindlichkeit hin, sondern es läßt sich insbesondere bei allen Verträgen, wo Credit gegeben ist, ohne einen Zahlungsort festzusetzen, kein anderes Forum des Contracts denken, als am Orte der entstandenen Verbindlichkeit. Es findet aber diese Ansicht namentlich auch im Kanonischen Rechte[7]) ihre Bestätigung, sowie sie von der ältern Praxis constant angenommen und deshalb in die meisten, wo nicht alle, hierauf bezügliche Staatsverträge aufgenommen worden ist.

III. Eine zweite Streitfrage in Bezug auf den Gerichtsstand der persönlichen Verpflichtung geht dahin, ob dieser Gerichtsstand auch dann Anwendung finde, wenn zur Zeit der zu erhebenden Klage der Verpflichtete am Ort der entstandenen Verpflichtung weder anzutreffen, noch mit Vermögen dort angesessen sei. Nach dem Römischen Rechte hat dies nicht wohl bezweifelt werden können, da dieses, namentlich in den Novellen, die absentes ausdrücklich diesem Gerichtsstande unterwirft. Dagegen hat man aus dem Kanonischen Rechte eine Aufhebung dieser Vorschrift ableiten wollen, indem man annimmt, daß dieses die römischen Bestimmungen, mit Ausnahme des forum delicti, abgeändert und nur rücksichtlich der Delicte die römischen Bestimmungen über die absentes in Geltung gelassen habe[8]). Wenn man aber die einzige

6) L. 19, §. 1, D. de judiciis (5, 1). Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel quidquid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit: etsi ibi domicilium non habuit, ibi se defendere debebit, et si non defendat — bona possideri patietur (also ganz generell unde obligatio oritur, ohne eigentliche Contracte von der gestio administrat. zu scheiden). L. 36, §. 1, D. ibid. Senator, si negotiis alienis se obtulerit, in provincia non debet judicium recusare negotiorum gestorum — cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit. L. 45, pr.; L. 54, §. 1, D. ibidem. L. 1 C. ubi de ratiocin. (9, 13). Eum qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere. L. 2 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13). Nam ubi domicilium reus habet vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.

7) Cap. 1, §. 3, de foro comp. in VI^to^, super contractibus initis in Remensi diöcesi.

8) Nov. 69, cap. 3. Nov. 134, cap. 5. — Cap. 1, §. 3, de foro comp.

darüber sprechende Stelle des Kanonischen Rechts genauer betrachtet, so zeigt es sich klar, daß durch diese am Römischen Recht nichts hat geändert, die Gerichte vielmehr nur daran haben erinnert werden sollen, daß kein Gericht außerhalb seines Gerichtssprengels eine Execution vollziehen dürfe, sondern dieselbe, wo sie nöthig, nur zu beschließen und dann dasjenige Gericht um deren Vollstreckung zu requiriren habe, in dessen Bezirke sich der Gegenstand der Hülfsvollstreckung befinde. Hieraus folgt aber von selbst, daß der beschließende Richter, der als Requirent auftritt, auch als competent für diesen Fall betrachtet werden müsse. Es ist hiernach wol kaum zweifelhaft, daß die römischen Bestimmungen in Bezug auf die absentes eine Aenderung nicht erlitten haben, und damit die Streitfrage beseitigt.

IV. Zweifelhafter ist dagegen die dritte Streitfrage, ob dieses forum speciale auch auf solche Personen Anwendung leide, welche zur Zeit der eingegangenen Verbindlichkeit eines privilegirten Gerichtsstandes sich zu erfreuen hatten. Denn so wenig es bestritten wird, daß dergleichen Personen, wenn sie sich persönlich, sei es durch Contract oder Delict, verpflichten, diesen besondern Gerichtsstand dann anerkennen müssen, wenn am Orte der entstandenen Verbindlichkeit der ihnen zustehende privilegirte Gerichtsstand keine Gerichtsbarkeit hat, so streitig ist es dagegen, ob der specielle Gerichtsstand auch dann zur Anwendung kommt, wenn an dem Orte der eingegangenen Verbindlichkeit auch der privilegirte Gerichtsstand mit Gerichtsbarkeit versehen ist, was namentlich der Fall sein wird, wenn derselbe bei einem Obergerichte stattfindet, welches vermöge seiner mittelbaren Competenz den Ort der ent-

---

in VIto (2, 2). Contrahentes vero aliarum dioecesum, super contractibus initis in Remensi dioecesi ab eisdem (nisi inveniantur ibidem) trahere coram se non debent invitos:. licet in possessionem bonorum, quae ibi habent, etiam cum alibi copiam sui faciant, si eorum auctoritate citati comparere contemnant, possint missionem facere contra eos, vel — si forte malitiose se ipsos occultent, ne citatio perveniat ad eosdem — decernere faciendam in possessionem bonorum, quae in alis etiam dioecesi obtinere noscuntur; sed tunc loci dioecesanus ad denunciationem ipsorum faciet hujusmodi missionem. Anderer Meinung ist v. Savigny, a. a. O., S. 244.

9) L. 19, §. 1, D. de judic. (5, 1). Nov. 69, pr. et cap. I.

standenen Verbindlichkeit zu seinem Distrikte mitzuzählen hat. Die richtigere Meinung geht dahin, daß in einem solchen Falle nicht der specielle Gerichtsstand, der Localrichter, in Anwendung kommen könne, sondern der privilegirte Gerichtsstand innerhalb der Grenzen des Gerichts, bei welchem er stattfindet, den Vorzug genießen müsse. Denn alle speciellen Gerichtsstände sind nur aus dem Grunde angeordnet, weil ohne sie der zu Verklagende an dem Orte, wo die Verbindlichkeit entstanden oder zu erfüllen ist, regelmäßig keinen Gerichtsstand haben würde, es gleichwol dem Kläger sehr wichtig und erwünscht sein kann, gerade in diesem Distrikte sein Recht zu erlangen. Eine Abweichung hiervon tritt aber auch unter den angegebenen Voraussetzungen nicht ein, weil der privilegirte Gerichtsstand als ebenfalls daselbst wirksam supponirt ist. Es muß daher die subsidiäre Qualität des speciellen Gerichtsstandes zur Folge haben, daß der vorhandene privilegirte Gerichtsstand der Person, welcher stets ein universeller ist, den Vorzug vor jenem in dem angegebenen Falle erhalte, und als allein competent betrachtet werde. Für diese Ansicht sprechen endlich Aeußerungen des Kanonischen Rechts [10]), wenn sie auch nicht ganz unzweifelhaft sind und deshalb das Schwanken der Praxis in solchen Fällen mit hervorgerufen haben.

§. 53.

β) Insbesondere, aa) Gerichtsstand des Contracts und der geführten Verwaltung.

I. Zu dem Gerichtsstande der persönlichen Verbindlichkeiten, welche im Allgemeinen im Römischen Rechte mit dem Worte „Contract" [1]) bezeichnet werden, ist zunächst der eigentliche Gerichts-

10) Cap. 1 pr. de privileg. in VI^to (5, 7). Cap. 1, §. 3, in VI^to cit. Böhmer, Jus eccles. Protest., lib. 2, tit. 2, §. 61. Danz, Ordentlicher Proceß, §. 35. Dagegen Eichmann, Erklärung des bürgerl. Rechts, V, 188. Linde, Lehrbuch, §. 91, Note 14.

1) Dies ergibt sich aus L. 19, §. 1; L. 20, 36, §. 1; L. 45 pr. D. de judic. (5, 1). v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 27 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 173. v. Savigny, System des Römischen Rechts, VIII, 218. Bayer, a. a. O., S. 204. Anderer Meinung ist Gönner, I, 11, §. 1. Gesterding, Irrthümer, S. 442 fg.

stand des Vertrags, und als Unterart desselben der der geführten Geschäftsverwaltung zu rechnen. Bei dem erstern können alle Klagen aus klagbaren Verträgen und aus allen Verbindlichkeiten [2]), welche nicht aus Verbrechen hervorgehen, noch diesen ähnlich sind, einerlei, welchen Zweck sie verfolgen, also auch die auf Aufhebung kraft eines Nebenvertrags gerichtet sind, angestellt werden. Ausgeschlossen sind jedoch davon alle diejenigen Klagen, welche auf Aufhebung eines Vertrags vermöge einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen einen solchen gerichtet sind [3]), ferner die Klagen auf Rückerstattung der Dos [4]), welche bei dem Gerichtsstande des Wohnorts des Ehemannes anzubringen sind, und endlich alle Klagen aus Geschäften, welche von Kaufleuten auf Messen [5]) abgeschlossen werden, indem diese an den universellen Gerichtsstand des zu Verklagenden verwiesen sind. Dagegen begründet die gerichtliche Bestätigung von Verträgen in den Fällen, wo sie, wie das bekanntlich vorzüglich in Deutschland häufig gesetzlich vorgeschrieben ist, zur Gültigkeit, zum Rechtsbestande eines Vertrags (z. B. über Immobilien) verlangt wird, das forum contractus nur bei demjenigen Gerichte, welches eine solche Bestätigung zu ertheilen hat. So oft hingegen die gerichtliche Vertragsbestätigung nur zur Beglaubigung (nicht zur Gültigkeit) dient, und außerdem überflüssig ist, hat sie keinen Einfluß auf die Begründung des Gerichtsstandes des

---

2) L. 20 D. de judic. (5, 1). Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. Linde, Abhandlung., II, 101 fg. Mühlenbruch, im Archiv für civilistische Praxis, XIX, 379 fg. Mit Einschränkungen auch v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 27 fg., 30 fg.

3) L. 2 C. ubi et apud quem cognit. in integr. restitut. agitanda sit. (2, 47). Linde, Archiv, VII, 67 fg. Schmid, Handbuch, I, 101. Bayer, a. a. O., S. 200. v. Savigny, a. a. O., S. 241. Anderer Meinung, wenn der Grund der Aufhebung im Vertrage selbst liegt, Grolmann, Theorie, §. 39. Glück, VI, 301.

4) L. 65 D. de judiciis (5, 1). Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nicht als Ausnahme betrachten diesen und die andern Fälle Linde, im Archiv, VII, 65; v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 25 fg.

5) L. 19, §. 2, D. de judiciis; L. un. C. de nundinis (4, 60). Vergl. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O.

Vertrags. Was sodann das constitutum debiti proprii [6]) betrifft, so ist darüber Streit, wo bei einem solchen der Gerichtsstand des Contracts begründet sei, ob da wo der ursprüngliche Vertrag geschlossen, oder da wo das Constitutum eingegangen wurde. Man muß aber bei Beantwortung dieser Frage wohl unterscheiden, ob der ursprüngliche Vertrag klagbar war oder nicht. War das Erstere der Fall, dann ist allerdings, vorausgesetzt das Constitutum wurde an einem andern Ort, als dem des ursprünglichen Vertrags abgeschlossen, der Gerichtsstand des Vertrags an zwei Orten begründet. War dagegen das erste Geschäft nicht klagbar, dann kann nur der Ort, wo das Constitutum eingegangen wurde, als Gerichtsstand des Vertrags betrachtet werden. — Nebenverabredungen derselben Contrahenten, auch wenn sie auf Aufhebung des Vertrags gerichtet sind [7]), sowie Nebenverbindlichkeiten derselben aus dem Vertrage, folgen übrigens dem Gerichtsstande der Hauptsache. Durch entgegenstehende deutliche Verabredungen [8]) kann die Anwendbarkeit des Gerichtsstandes des Vertrags aufgehoben und ebenso [9]) auf einen andern Ort, sogar stillschweigend übertragen werden, wenn dieser als Zahlungsort bezeichnet wird. Ein besonderes Forum der zu leistenden Zahlung, des Zahlungsortes, braucht man aber nicht, wie v. Bethmann-Hollweg thut, anzunehmen; denn es beruht auf der gesetzlichen Bestimmung über den Ort des abgeschlossenen Vertrags, daß dafür dann der Zahlungsort anzusehen ist, wenn ein solcher ausdrücklich zwischen den Parteien verabredet wurde. Sind aber mehre Orte der Erfüllung vertragsmäßig vereinbart, so hat bei alternativer Bestimmung der Kläger die Wahl, wo er die Klage erheben will, wogegen bei copulativer Bestimmung an jedem der verschiedenen Orte pro rata die Klage zu erheben

---

6) L. 8 D. de judiciis; L. 5, §. 1; L. 16, §. 1, D. de constitut. pecun. (13, 5). Gesterding, Irrthümer, S. 446. Glück, Comment., VI, 243, Note 33. Etwas Anderes ist das constitutum debiti alieni auch in dieser Frage.

7) Gensler, Commentar, I, 79. Bayer, a. a. O.

8) L. 19, §. 2; Arg. L. 36, §. 1, D. de judiciis; L. 2, 3, 4, D. de eo quod certo loco (13, 4).

9) L. 21 D. de oblig. et act. (44, 7). Cap. 17 X. de for. comp. (2, 2); vergl. mit L. 1 C. ubi conveniatur qui certo loco (3, 18); L. 19, §. 4; L. 50 D. de judiciis. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 35—50.

ist. — Ist ein besonderer Zahlungsort festgesetzt, so ist der Gerichtsstand der zu leistenden Zahlung auch heute noch wol als ein prorogirter oder conventioneller zu betrachten, während der Gerichtsstand des Vertrags im Allgemeinen seit der Nov. 69, cap. 1, als ein gesetzlicher anzusehen ist.

II. Die hier und zum Theil im vorhergehenden Paragraph dargestellte Lehre vom forum contractus im eigentlichen Sinne war im Ganzen bisher von den Gerichten so als richtig anerkannt und zur Anwendung gebracht, auch in deutsche Proceßordnungen und andere Gesetze so übergegangen. Seit 1836 aber hat Mühlenbruch [10]) sie als dem Römischen Recht nicht entsprechend darzustellen versucht. Er behauptet, daß nach dieser Gesetzgebung es zur Begründung eines solchen Gerichtsstandes nicht hinreiche, wenn Jemand einen einzelnen Contract irgendwo abgeschlossen, oder dessen Erfüllung an einem bestimmten Orte außerhalb seines Domicils versprochen, noch auch daß Jemand ein einzelnes Geschäft an einem bestimmten Orte außerhalb seines Wohnsitzes besorgt habe, sondern nur dann werde der specielle Gerichtsstand des Contracts irgendwo begründet, wenn eine unbestimmte Mehrzahl von Geschäften an demselben Orte besorgt worden sei, oder Jemand ein Gewerbe, eine Fabrik u. dergl. an einem Orte betrieben habe. Derselbe stützt seine Ansicht vorzüglich auf die Beispiele in L. 19, §. 1—4, D. de judiciis und auf andere Argumente, sucht dagegen aber die Bedeutsamkeit der Nov. 69 in wenigen Worten zu beseitigen. Allein die in jener Stelle enthaltenen Beispiele stellen keine ausschließende Regel auf, da andere Gesetzstellen auch von einzelnen Contracten reden; ferner erachtet Nov. 69, welche das forum delicti mit dem contractus völlig gleichstellt, einzelne Verbrechen zu dessen Begründung für vollständig genügend; endlich aber spricht nicht nur das Kanonische Recht, sondern auch die Usualauslegung des Römischen Rechts seit der Glosse, der Gerichtsgebrauch und die neuern deutschen Proceßgesetze, sowie Staatsverträge entschieden für die entgegengesetzte Theorie.

III. Was dagegen den letztern Gerichtsstand, den der ge-

10) Mühlenbruch, Archiv, XIX, 344 fg., 361 fg.

führten Geschäftsverwaltung betrifft [11]), so erstreckt sich dieser nicht nur auf eine vertragsmäßig übernommene oder quasi ex contractu stattgehabte Führung von Privatgeschäften, sondern ebenso auf übertragene öffentliche Geschäftsführungen [12]). Auch ist dieser Gerichtsstand als ein ausschließender [13]) nicht zu betrachten, vielmehr findet bei ihm, wie überhaupt bei dem forum contractus, elective Concurrenz mit den universellen Gerichtsständen statt. Denn bei der sonstigen gesetzlichen Gleichstellung dieses Forums mit dem des Vertrags, und bei dem Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen — eine solche darf in der L. 2 C. (3, 21) nicht gefunden werden, da sie nur dem Beklagten die Pflicht auferlegt, am Orte der Geschäftsführung wegen der zu legenden Rechnung Recht zu nehmen (respondere), nicht aber dem Kläger die, an keinem andern Orte zu klagen — kann aus der Ueberschrift des Tit. 21 im 3. Buche des Codex: Ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi *oportet*, allein ein genügender Grund für die entgegengesetzte [14]) Ansicht ebenso wenig entnommen werden, als bei dem Inhalte [15]) der L. 1 u. 2 loc. cit. die

---

11) A. D. Weber, Von der natürlichen Verbindlichkeit, Ausg. 4, §. 27, S. 76. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 27 fg. Briel, Gerichtsstand der persönlichen Verbindl., S. 127 fg. Linde, Abth. 2, S. 89 fg. Mühlenbruch, im Archiv, XIX, 363 fg. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 47, S. 103 fg. v. Savigny, a. a. O., S. 218 fg. Bayer, a. a. O., S. 202 fg.

12) L. 1 C. ubi de ratiociniis tam publicis, quam privatis agi oportet (3, 21); L. 19, §. 1; L. 36, §. 1; L. 45, pr. de judic.; L. 54, §. 1, D. de procur. (3, 3); L. 4, §. 5, D. de edendo (2, 13). Auch auf die actio contraria daraus Seuffert, Archiv, Bd. 1, Nr. 272.

13) Gönner, Bd. 1, 11, §. 4, 8. Strube, Rechtliche Bedenken, III, 96. Briel, a. a. O., S. 132. v. Savigny, a. a. O., S. 242, Note 1, Schmid, a. a. O., S. 101.

14) Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen, II, 35 fg. Pfeifer, Praktische Ausführ., I, 319. Linde, im Archiv, VII, 73 fg.; Abh. II, S. 91 fg.

15) L. 1 C. ubi de ratiociniis (3, 21). Eum, qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocunque alio titulo administravit: ubi haec gessit, rationem oportet reddere. L. 2 ibid. Nemo post depositum cingulum privatae vitae redditus ob negotium, quod militiae causa est ei exortum, praestandi ratiocinii gratia ejus Numeri in quo militavit, vel quem ipse gessit, a quocunque pulsatus, fori praescriptionibus utatur: Unumquemque enim in hujusmodi causis publicis, quas dum militaret, exercuit — — in mili-

Regel nicht zu vergessen ist: Unius positio non est alterius exclusio. Das Besondere hat aber wol dieses Forum, daß es, in den Fällen, wo es sich um Rechnungslegung aus einer Geschäftsführung handelt, nicht an dem Orte begründet ist, wo der Vertrag über die Geschäftsführung abgeschlossen oder diese übertragen wurde, sondern an dem, wo die Geschäftsführung selbst erfolgte (ubi gessit). — Endlich kann ein bloßes Leugnen der Pflicht zur Rechnungslegung dieses Forum ebenso wenig, als das Leugnen des Contracts jenes des Contracts beseitigen. Handelt es sich aber nur um Erfüllung des Versprechens einer Geschäftsführung, nicht aber um die wirkliche Besorgung der Geschäfte und deren Folge, die Rechnungslegung, so kann nur an dem Orte, wo das Uebereinkommen wegen der Geschäftsführung zu Stande kam, als dem forum contractus, geklagt werden.

§. 54.

bb) Gerichtsstand des begangenen Verbrechens [1]).

Nach Römischem Recht ist als eine weitere Unterart [2]) des Gerichtsstandes der persönlichen Verbindlichkeit der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens zu betrachten, weil die Verbindlichkeit daraus als eine ex contractu im weitern Sinne betrachtet wurde [3]). Derselbe wird für alle Verbrechen, größere wie kleinere [4]), und alle den Verbrechen gleichstehende Verbindlichkeiten am Orte der

---

tari judicio oportet respondere: in quo et instructio sufficiens et nota testimonia et verissima possunt documenta praestari.

1) Cap. 20 X. de foro comp. (2, 2). v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 29, 52, 66 fg. Briel, Gerichtsstand der persönlichen Verbindl., S. 147 fg. Linde, Abh. II, S. 99. Schmid, Handbuch, I, 109. v. Savigny, System, VIII, 239 fg. Bayer, Civilproceß, S. 205 fg. Just. Henr. Ayrer, Diss. de foro obligationum (Göttingen 1830), §. 29 fg.

2) Anderer Meinung ist v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 29.

3) §. 52, Note 2; siehe auch L. 52 D. de re judic. (42, 1); L. 10 C. de accus. et inscr. (9, 2). Keller, Römischer Civilproceß, S. 262.

4) Nov. 69, cap. 1, §. 1. L. un. C. ubi de possess. (3, 16). Namentlich Besitzstörungen, bei denen es sich um Erhaltung oder Wiedererlangung des Besitzes handelt, §. 51, Note 10. Anderer Meinung ist v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 29, 52, welcher für das ältere Römische Recht dieses Forum überhaupt bezweifelt.

begangenen That bezüglich der verpflichtenden Handlung begründet, sowol in Ansehung der öffentlichen Bestrafung, als der Verfolgung der Privatansprüche [5]) daraus, mag diese letztere durch Adhäsion [6]) bei dem Strafverfahren oder getrennt [7]) davon erfolgen; also nicht an dem Orte, wo das Verbrechen nur vorbereitet wurde, oder wo der Versuch eines Verbrechens stattfand, weil der Versuch an sich keine Privatklage begründet, sondern erst das vollendete Verbrechen. Ist an dem Orte des begangenen Verbrechens Civil- und Criminalgerichtsbarkeit getrennt, so findet, wenn der Civilanspruch nicht durch Adhäsion verfolgt wird, das Verfahren wegen dieses, sowie wegen aller römischen Privatdelicte und der Ansprüche aus nur unerlaubten Handlungen, wozu insbesondere Besitzstörungen und Spolien zu rechnen sind, vor dem Civilrichter, dagegen das eigentlich peinliche Verfahren nur vor dem Criminalrichter [8]) statt. — Ein forum deprehensionis würde dem Verletzten für seine Schädenansprüche nur durch Adhäsion zu statten kommen [9]).

§. 55.

cc) Besonderer, durch eine Proceßhandlung erst begründeter Civilgerichtsstand:

a) der materiellen Connexität [1]).

I. Die in dem vorstehenden Abschnitte von §. 51 an betrachteten speciellen Gerichtsstände hingen in Ansehung ihrer Begründung von der rechtlichen Natur der anzustellenden Klage ab, da-

5) L. 4, §. 4, D. fin. regund. (10, 1). L. 3 C. de ord. jud. (3, 8). Nov. 69, cap. 1. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12, 207.

6) Siehe §. 41, Note 10 u. 11. Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Recht, Bd. 3, Abh. 16, §. 2, 22. Derselbe, im neuen Archiv für Criminalrecht, II, 279 fg.

7) Hommel, Rhaps. obs., 173. Glück, Comment., VI, 315.

8) Martin, Criminalproceß, §. 18, Note 8, §. 35 b, Note 2. Comp., §. 51, Note d. Anderer Meinung ist Ayrer, a. a. O., §. 29.

9) Ayrer, a. a. O., §. 30.

1) Lotz, Civilistische Abhandlungen, S. 135 fg. Glück, Comment., Bd. 9, §. 752. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 52. Schmid, Handbuch, I, 111. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., S. 33 fg., 312—343, 530—534.

gegen war es bei denselben nicht erforderlich, sondern im Ganzen unerheblich, ob eine Mehrzahl von Ansprüchen zwischen denselben Parteien vorhanden war oder nicht. Denn in diesem Falle mußte, wenn die mehren Klagen cumulirt werden sollten, für jede einzelne derselben der gewählte specielle Gerichtsstand besonders begründet werden, sei es aus demselben oder einem verschiedenen Gesichtspunkte. Dagegen ist bei dem Gerichtsstande der Connexität eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten durchaus unentbehrlich, wenn überhaupt von diesem Gerichtsstande die Frage sein soll, die Natur der mehren Klagen aber hat gar keinen Einfluß. Es sind ferner die bisher behandelten speciellen Gerichtsstände regelmäßig Untergerichte, welche nach allgemeinen Rechtsnormen und nicht auf dem Grunde eines Privilegiums competent werden; der Gerichtsstand der Connexität dagegen kann, wenn er auch im Allgemeinen Begründung in dem gemeinen Rechte findet, ebenso gut vor einem Obergerichte, wie vor einem Untergerichte, vor dem gewöhnlichen Gerichte, wie vor dem durch Privilegium competenten, dem universellen, wie dem speciellen Forum stattfinden, sobald nur die Mehrzahl der Ansprüche es bewirkt, daß alle diese einzelnen Rechtsstreitigkeiten an ein und dasselbe Gericht gebracht werden müssen. Dazu aber ist es wesentlich erforderlich, daß die Mehrheit der zwar an sich auch getrennt verfolgbaren Ansprüche in einem Zusammenhange mit einander stehen, welcher sich in drei verschiedenen Weisen äußert, als rein materieller, rein formeller, oder aus beiden gemischter (§. 28, I.). — Der materielle Zusammenhang aber, wenn man zunächst bei diesem stehen bleibt, zeigt sich bei präjudiciellen und präparatorischen Ansprüchen in Bezug auf die Hauptsache nach drei verschiedenen Perioden, entweder indem dergleichen reell zusammenhängende Streitigkeiten nur als Incidentfragen vorkommen, oder indem sie mit der Hauptsache cumulirt, oder endlich, indem sie eine nach der andern, also successiv, gerichtlich verfolgt werden. In allen diesen Fällen ist es dann die Hauptfrage, wo eigentlich dasjenige Forum begründet sei, welches für die andern, materiell connexen Streitpunkte wegen dieses Zusammenhanges competent ist.

Keller, Römischer Civilproceß, S. 218. Bayer, Civilproceß, §. 69, S. 207 fg.

II. Bei den Incidentpunkten hat dies die wenigste Schwierigkeit, indem diese einen noch anhängigen oder anhängig gewesenen Proceß, als dessen Theil oder Folge der connexe Anspruch betrachtet werden muß, voraussetzen. Es ist daher dasjenige Gericht, bei welchem mit Recht der ursprüngliche Proceß eingeleitet wurde, auch für den Incidentpunkt das competente, und, sollte der ursprüngliche Proceß zu verschiedenen Zeiten vor verschiedenen Gerichten anhängig gewesen sein, z. B. in Folge einer ergriffenen Appellation, dasjenige Gericht, bei welchem die Hauptsache zur Zeit des Anbringens des Incidentpunktes anhängig war. Es zeigt sich dies besonders für dritte Personen wichtig, welche durch Intervention in einen fremden Rechtsstreit sich einmischen wollen und dadurch einen Incidentstreit veranlassen. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes folgt aber nicht nur aus den Vorschriften des Römischen Rechts, sondern auch aus der Qualität der Incidentsache, und ist in speciellen, gesetzlichen Bestimmungen [2]) so bestimmt anerkannt, daß selbst der Mangel an derjenigen Art von Gerichtsbarkeit nicht hindern soll, der sonst das betroffene Gericht für die Incidentsache an sich incompetent machen würde. Nur im Kanonischen Recht [3]) hat man hiervon eine Ausnahme für die causae vere spirituales, welche als Incidentpunkte in einem andern Rechtsstreite vorkommen, insofern gemacht, als diese nie vor einem weltlichen Gerichte behandelt werden sollen. Bei den Protestanten kann diese Bestimmung jedoch Geltung nicht haben, da dieselben keine wahrhaft geistliche Sachen processualisch verhandeln. Uebrigens ist es allerdings zweifelhaft,

---

2) L. 54 D. de judic. (5, 1). Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet, major enim quaestio minorem causam ad se trahit. L. 3 C. de judic. (3, 1). Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. L. 1, §. 3, C. de ordine judic. (3, 8). Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis incidit, vel crimini prius instituto civilis causa adjungitur, potest judex eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere. L. 1 C. de offic. rector. provinc. (1, 40).

3) Cap. 3 X. de ordine cognitionum (2, 10); Cap. 5 X. qui filii sint legitimi (4, 17). Wahlcapitulation, Art. 14, §. 5.

ob der Zusammenhang des Incidentpunktes mit der Hauptsache den Gerichtsstand der Connexität zu einem ausschließenden mache, und alle Wahl der Interessenten aufhebe. Zweifelhaft besonders dann, wenn der Incidentpunkt erst nach völlig beendigter Hauptsache zur Sprache kommt, weil für diesen Fall in Art. 12 der peinlichen Gerichtsordnung die Wahl zwischen dem ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten und diesem speciellen gestattet ist. Man hat dies aber wol nur als eine Singularität [4]) für die in der peinlichen Gerichtsordnung behandelten Fälle zu betrachten, welche keine Ausdehnung leiden können, und daher wol nicht als Regel anzunehmen, daß dieser Gerichtsstand ein ausschließender sei.

III. Werden aber Haupt- und Nebensachen gleichzeitig, in Folge der Cumulation, gerichtlich verfolgt, so müssen beide an ein und dasselbe Gericht gebracht werden, und zwar an das für die Hauptsache zuständige, sollte dasselbe auch für die Nebensache, sei es eine präparatorische oder präjudicielle, an sich dann nicht zuständig gewesen sein, wenn diese getrennt hätte verfolgt werden sollen. Es folgt dies nicht nur aus den Vorschriften der L. 54 D. de judiciis und aus der Natur der Klagencumulation, sondern ist auch für den Fall, wo der Gerichtsstand der Hauptsache für die Nebensache nicht zuständig wäre, im Römischen Recht ausdrücklich anerkannt [5]), während umgekehrt die Hauptsache nie um der Nebensache willen an ein nur für diese competentes Forum gebracht werden könnte.

---

4) L. 3, 10, C. de judiciis; L. 13 C. de reivindic. (3, 13). Ordinarii juris est, ut mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur ac tunc demum proprietatis causa ab *eodem* judice decidatur. Auch Cap. 3 X. de donat. inter vir. et ux. (4, 20) erkennt dann noch das forum connexitatis an. Vergl. Seuffert, Archiv, III, 372.

5) L. 38 D. de judiciis. Quod legatur, siquidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est; nisi dolo malo heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur, nisi adjectum fuerit, Centum modios ex illo horreo, aut vini amphoras ex illo dolio. Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam *ibi peti debet*, ubi res est. Et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

IV. Wenn aber die connexen Nebenansprüche zuerst für sich allein, ohne Verbindung mit der Hauptsache, gerichtlich verfolgt werden, z. B. eine Provocation zur Klagerhebung oder das Possessorium allein ohne das Petitorium, hinterdrein aber auch die Hauptsache zur Sprache kommt, so fragt es sich vor allen Dingen, wo man jene Nebenansprüche zuerst allein anbringen konnte und vielleicht mußte; dann aber, welchen Einfluß deren Anbringen auf die Hauptsache rücksichtlich des Forums haben könne? — Was die erste Frage betrifft, so hat man es als ausgemacht zu betrachten, daß derjenige Gerichtsstand, welcher für die Hauptsache competent ist, auch für die zuerst anzubringende Nebensache zuständig ist, sollte auch für die Nebensache allein, ohne einen solchen Zusammenhang, der Gerichtsstand der Hauptsache nicht competent sein. Dieses ergibt sich nicht nur aus den Beispielen der L. 38 D. de judiciis, sondern auch aus dem in L. 10 C. ibidem (§. 28, Note 2) ausgesprochenen Grundsatze. Wollte man aber diese Stelle und die L. 13 C. de rei vindic. nur von dem judex pedaneus verstehen, so würde der aufgestellte Grundsatz doch im Kanonischen Rechte [6]), welches den Inhalt jener Stellen wiederholt, bestätigt werden. Ob aber der Kläger verbunden sei, das für die Hauptsache competente Forum auch für die zuerst zu verhandelnde Nebensache zu wählen, dies ist in der Praxis wol streitig, nach der richtigen Theorie aber muß man dies sicher behaupten, weil sonst die verbotene Trennung nicht vermieden werden könnte. — Was dagegen die Frage betrifft, ob die später anhängig zu machende Hauptsache an das Forum gebunden sei, welches zuerst für die Nebensache benutzt worden ist, so ist diese dann zu verneinen, wenn in Ansehung der Nebensache ein für die Hauptsache nicht zuständiger Gerichtsstand gewählt worden ist. Es sollte dies freilich überhaupt nicht geschehen, allein mitunter wird es doch zugelassen, ohne daß sich jedoch daraus eine Competenz für die Hauptsache deduciren läßt, wenn nicht im einzelnen Falle hinreichender Grund vorhanden ist, in der Wahl

---

6) L. 13 C. de reivindicat. (3, 32). Cap. 1 X. de causa possess. (2, 12). Legali provisione decretum est, tam momenti quam proprietatis causam sub uno eodemque judice debere cognosi etc. Cap. 1 X. de sequestrat. (2, 17).

des Gerichtsstandes für die Nebensache eine stillschweigende und als zulässig anzusehende Prorogation für die spätere Hauptsache zu finden, was jedoch nur selten der Fall ist. Sollte jedoch auch daran nicht gezweifelt werden können, daß der für die Nebensache gewählte Gerichtsstand auch für die spätere Hauptsache competent sei, so wird doch die Frage, ob diese nothwendig bei demselben Gericht anzubringen sei, mit dem Unterschiede zu beantworten sein, ob derselbe Kläger in beiden Processen auftritt, oder ob in der Hauptsache eine andere Partei als in der Nebensache Kläger ist. Im ersten Falle wird man dem Kläger die getroffene Wahl als einen Grund der Verpflichtung, nur das zuerst gewählte forum wieder anzugehen, entgegenhalten müssen, damit er die verbotene Trennung beider Processe vermeide. Im zweiten Falle ist dagegen dieser Grund nicht durchschlagend, weil ein neuer Kläger in der Hauptsache auftritt, dem die Wahl seines Gegners nicht präjudiciren kann, da das Gesetz ein solches Princip nicht ausspricht, demselben vielmehr die freie Wahl zwischen den mehren Gerichtsständen, welche etwa für die Hauptsache zuständig sind, überlassen ist, wie sich nicht nur aus dem Römischen Recht schließen läßt, sondern auch in den Reichsgesetzen [7]) ziemlich deutlich anerkannt ist.

V. Der Begriff [8]) des Forums der materiellen Connexität stellt sich demnach dahin fest, daß es derjenige gemeine und specielle Gerichtsstand ist, welcher für materiell connexe Nebensachen (nicht für die Hauptsache) durch das in der Hauptsache competente Gericht, insofern deren aber mehre wären, für den Wählenden die selbst blos durch in Ansehung

---

7) Arg. L. 74 D. de reg. jur. Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 21, §. 2. Jüngster Reichsabschied, §. 83 a. E. Cap. 21 X. de judic. (2, 1). Kind, Quaest. forens., III, c. 6, edit. 2. Loß, a. a. O., S. 161.

8) Abweichender Ansicht ist besonders Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 33 fg., 312—343, 530—534, welcher diesen Gerichtsstand als ein leeres Theorem des italienischen Formalismus bezeichnet, und einen besondern Gerichtsstand nur durch innere Verwandtschaft als begründet annimmt, dahin aber den Gerichtsstand der Provocationen, der Adhäsion, der Widerklage in Criminalsachen, der Principalintervention, des Salärs der Advocaten, der Identität des Klaggrundes rechnet.

der Nebensache getroffene Auswahl des einen Gerichtsstandes bestimmt wird, wenn er später auch die Hauptsache klagend verfolgt. Es unterscheidet sich hiernach dieser Gerichtsstand von dem der Einheit des Klaggrundes (§. 58) dadurch, daß hier durchaus nicht eine Einheit des Klagfundamentes erforderlich ist, im Gegentheile mehre an sich getrennte, streitige Rechtsverhältnisse in Frage stehen; daß ebenso wenig die nämlichen streitenden Theile in allen den verschiedenen Rechtsstreitigkeiten auftreten, z. B. bei Interventionen; daß ferner dieser Gerichtsstand vor jedem in der Hauptsache zuständigen Richter, und nicht nothwendig bei dem der zweiten Instanz stattfindet; daß dieser Gerichtsstand durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung und nicht zu Gunsten nur des Klägers eingeführt ist, auch, nach einmal anhängig gewordener Sache, alle Wahl ausschließt; und endlich, daß ein bereits anhängiger oder doch unvermeidlicher Hauptrechtsstreit, womit ein anderer als Nebensache im materiellen Zusammenhange steht, vorausgesetzt wird, sei es nun, daß die Nebensache zur Entscheidung der Hauptsache nothwendig, oder deren vorausgehende Erörterung derselben dienlich, oder die Entscheidung in der Hauptsache für die Nebensache maßgebend sei. Für die Rechtsverfolgung solcher materiell connexen Streitpunkte ist es aber als Regel der Proceßpolitik anzusehen, daß man, wenn man als Kläger die Wahl hat, gleich anfangs dasjenige Forum, wenn sonst nichts entgegensteht, vorzieht, welches auch für die Hauptsache competent ist; dagegen, wenn der Gegner durch das Anbringen der Nebensache zuerst gewählt hat, und man nun mit dem Hauptanspruch nachfolgen soll, mit diesem bei dem zuvor vom Gegner gewählten Forum bleibt, wenn solches überhaupt nur zulässig ist, oder im einzelnen Falle Grund genug vorhanden ist, eine stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes anzunehmen, weil wenigstens nach der Praxis die eigene Wahl dem Gegner immer präjudiciren wird.

§. 56.

b) Der (formell connexen) Widerklage und der Arrestanlegung.

I. Das Römische Recht, dem schon der Ausdruck reconventio fremd ist, enthält so wenig von der Widerklage etwas, als es von einem Gerichtsstande dieses Namens redet; ebenso ist es im Kanonischen Rechte der Fall. Dagegen ist in den deutschen Reichsgesetzen davon allerdings die Rede, sowie denn auch der Sache nach schon im Römischen und Kanonischen Rechte das forum reconventionis vorkommt. Man bedarf nämlich eines eigenen Gerichtsstandes der Widerklage [1]) zwar nicht in den Fällen, wo die Widerklage auf materiell connexe Ansprüche beschränkt ist, wie dies in mehren namentlich sächsischen Territorien gilt; denn alsdann gelten die für materiell connexe Sachen entwickelten Grundsätze; es kann vielmehr nur in solchen Fällen davon die Rede sein, wo — wie dies das gemeine Recht allerdings voraussetzt — der Beklagte auch wegen völlig heterogener Ansprüche gegen seinen Kläger vor dem Gerichtsstande, wo dieser ihn belangt hat, klagend auftritt. Wenn nun in diesen Fällen der Widerbeklagte, der ursprüngliche Kläger, schon ohnehin unter dem nämlichen Gerichtsstand stände, woselbst der Beklagte und Widerkläger mit Recht von ihm belangt wurde, sei es daß beide ihren universellen Gerichtsstand daselbst haben, oder daß wenigstens ein specieller Gerichtsstand für den Kläger und Widerbeklagten in Ansehung des Objects der Widerklage daselbst begründet wäre, so bedürfte es wieder keines eigenen Gerichtsstandes der Widerklage, da nur eine Analogie von der Klagenhäufung eintreten würde. Allein sehr häufig ist der Widerbeklagte in keiner selbständigen Rücksicht demjenigen Gerichte unterworfen, bei welchem er seine Klage mit Recht erhoben hat, und bei welchem er nun durch eine Widerklage

---

1) Glück, Comment., Bd. 3, §. 204. Lauk, im Archiv für civilistische Praxis, XII, 65 fg. Goldschmidt, Abhandlungen aus dem deutschen Civilproceß, S. 20 fg. Joh. W. Sartorius, Lehre von der Widerklage (Erlangen 1838). Schmid, Handbuch, I, 114. Bayer, a. a. O., S. 213 fg.

belangt werden soll. In diesem Falle allein tritt das eigentliche Forum der Widerklage gegen alle Analogie von der Klagenhäufung ein, nur auf die gesetzlich[2]) ausgesprochene Verbindlichkeit eines jeden Klägers hin, sich rücksichtlich der Widerklage dem von ihm für die Klage gewählten Gerichtsstande zu unterwerfen, wenn der Beklagte vor beendigter Vorklage daselbst gegen ihn seine Ansprüche gehörig [3]) verfolgt. Man darf aber den Grund für die Competenz des angegangenen Gerichts, das forum reconventionis, keineswegs in einer Prorogation suchen[4]), da keine Protestation und kein Dissensus des Widerbeklagten ihn von der Anerkennung dieses Gerichtsstandes befreit, worauf doch bei einer Prorogation Rücksicht zu nehmen sein würde.

II. Noch weniger bedarf man eines eigenen Gerichtsstandes der Intervention, wenn man von den accessorischen Interventionen redet; denn diese sind stets Theile der Hauptsache und mit dieser materiell connex, wo das aber fehlt, unzulässig, weshalb von denselben ganz die Grundsätze des vorigen Paragraphen gelten. Nicht ganz so verhält es sich mit den Principalinterventionen (§. 303 fg.). Denn diese bilden eine ganz neue Klage, welche ein für sich allein handelnder Kläger erhebt, der nur darum in einem fremden Rechtsstreite intervenirt, weil er von der Execution des Hauptprocesses Nachtheile für diejenigen Ansprüche fürchtet, welche er als Intervenient geltend macht. Will aber dieser Intervenient den Zweck erreichen, den ältern Hauptproceß zu sistiren oder die darin vorzunehmende Execution zu modificiren, damit ihm dadurch

---

2) Nov. 96, cap. 2, §. 1. Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire et eundem esse judicem in utroque negotio. L. 14 C. de sentent. (7, 45); L. 22 D. de udic. (5, 1). Cap. 6 X. de arbitris (1, 43). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 30. Vergl. Sartorius, a. a. O., S. 68 fg., 218 fg. Bezüglich der L. 14 C. cit. vergl. Sartorius, a. a. O., S. 431 fg.; v. Savigny, System, VI, S. 338 fg.

3) Cap. 3 de rescr. in VI^to. Jüngster Reichsabschied, §. 46. Sartorius, a. a. O., S. 403 fg. Seuffert, Archiv, I, Nr. 110. Ueber die Wirkung eines nachherigen Verzichts auf die Hauptklage: Pufendorf, obs. VI, 200. Bayer, a. a. O., S. 216.

4) v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 52, Note 115.

kein Nachtheil erwachse, dann bleibt ihm freilich nichts Anderes übrig, als sich an das nämliche Gericht zu wenden, wo die Hauptsache anhängig ist, und durch seine Intervention einen Incidentstreit zu veranlassen, in Bezug auf welchen dann die Grundsätze des vorhergehenden Paragraphen Anwendung finden. Bei getrennter Verhandlung solcher Ansprüche würde dies zu vermeiden gewesen, ja der Kläger, gegen den man stets principaliter intervenirt, würde oft dem Gerichtsstande der Hauptsache als Beklagter nicht unterworfen sein.

III. Endlich den Gerichtsstand des Arrestes [5]) anlangend, so versteht man bekanntlich unter Arrest zunächst eine richterliche Verfügung, wodurch die Willkür einer Person in Ansehung ihres Aufenthaltsortes oder in Bezug auf die Disposition über ihr Vermögen vorläufig suspendirt wird, dergestalt, daß ohne Zustimmung des Gerichts rechtlicherweise keine Veränderung damit vorgenommen werden darf. Daneben wird aber auch der Zustand, welcher die Folge einer solchen gerichtlichen Verfügung ist, mit demselben Namen bezeichnet. Die Anlegung eines solchen Arrestes in Civilsachen kann nun, wenn sie in der Executionsinstanz bei einem schon anhängigen und rechtskräftig entschiedenen Processe vorkommt, keinen eigenen Gerichtsstand für den Arrest begründen, indem dieser nur Mittel der Execution ist, mithin als Bestandtheil der Hauptsache nur von demjenigen Gerichte beschlossen werden kann, wo diese anhängig ist, sollte auch die Vollziehung des beschlossenen Arrestes dieser Art nicht von demselben Gerichte geschehen können, sondern dazu von diesem dasjenige requirirt werden müssen, unter dessen Botmäßigkeit der Gegenstand des Arrestes sich befindet. Aber selbst ein provisorischer Arrest, welcher vor erhobenem Hauptproceß oder während des Laufes desselben gesucht wird, ist nicht minder mit der Hauptsache connex, welche durch ihn gesichert wird, und kann deshalb nach den im vorigen Paragraph entwickelten Grundsätzen bei keinem andern Richter, als dem für die Hauptsache zuständigen, nachgesucht werden, in keinem Falle aber bei einem Gerichte, welches an und für sich in der Hauptsache nicht zuständig wäre, Zu-

5) Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts, Bd. 4, Abh. 3. Schmid, a. a. O., S. 117. Bayer, a. a. O., S. 216 fg.

ständigkeit beilegen. Denn auch ein derartiger Arrest bildet einen eigenen Nebenstreitpunkt außer der Hauptsache, in welchem lediglich über die Frage gestritten wird, ob und auch wie unter den vorliegenden Umständen ein Arrest verfügt werden könne oder nicht, und ist mit dieser selbstverständlich materiell connex. — Es gibt daher nur zwei Fälle, in welchen ein eigenthümlicher Gerichtsstand des Arrestes angenommen werden kann: 1) wenn der Schuldner mit allen seinen Effecten sich bereits wirklich auf der Flucht befindet[6]), oder auch solche Objecte eines dinglichen Anspruches, um dieselben dem Kläger zu entziehen, von ihrem bisherigen Aufbewahrungsorte weggeschafft hat, bei denen der Kläger das Recht an der Sache selbst sich erhalten — nicht blos mit Entschädigung zufrieden sein will, der Kläger also in der Hauptsache einen Verlust riskirt, welcher nicht abgewendet werden könnte, wenn er den Arrest beim Richter der Hauptsache suchen wollte. In einem solchen Falle ist allerdings zu behaupten, daß sich der Gläubiger an jedes Gericht wenden könne, welches im Stande ist, den Arrest mit Erfolg anzulegen, sollte dasselbe gleich in Ansehung der Hauptsache durchaus nicht competent sein. Denn würde hier dem Gläubiger sogar verstattet werden müssen, sich der Selbsthülfe zur Sicherstellung seiner Ansprüche zu bedienen, um wieviel mehr muß ihm gestattet werden[7]), jedes Gericht anzurufen, welches im Stande ist die Sicherung vollkommen zu bewirken und jedenfalls den Vorzug vor der Selbsthülfe verdient. — Jedoch liegt in solchem Falle im Allgemeinen noch kein rechtlicher Grund vor, warum auch die Hauptsache an das Forum des Arrestes sollte gezogen werden können, wenn dasselbe dafür nicht schon ohnehin competent ist, ja es ließe sich nicht einmal ausführen, wenn der Hauptproceß bereits anderswo pendent wäre. Daher kann das Forum des Arrestes in diesem Falle sich nur auf die provisorischen Maßregeln und den Arrestproceß erstrecken, so daß das den Arrest anlegende Gericht die Verhandlung der Hauptsache vielmehr an das dafür zuständige Gericht verweisen muß, nach deren Beendigung über die Folgen des Arrestes erst

---

6) L. 10, §. 16, D. quae in fraud. cred. (42, 8). Glück, VI, §. 334.
7) Arg. L. 21; L. 110 pr. D. de reg. jur. (50, 17).

bei dem Gerichtsstande des Arrestes weiter zu erkennen ist, oder Requisitionen des Gerichts der Hauptsache Behufs der Hülfsvollstreckung zu erwarten sind. — Dagegen behauptet man in der Praxis sehr häufig, daß in diesem Falle das Forum des Arrestes auch für die Hauptsache, wenn sie nur nicht bereits anderswo rechtshängig sei, zuständig werde. Dem widerspricht jedoch die deutsche Reichsgesetzgebung [8]) auf das bestimmteste. Sollte jedoch der Beklagte in einem solchen Falle sein Vaterland ganz verlassen, oder als Vagabond, ohne einen neuen universellen Gerichtsstand zu begründen, sich auf die Flucht begeben haben, dann könnte man allenfalls der in der Praxis gebilligten Meinung beistimmen, weil ein solcher Beklagter seinen universellen Gerichtsstand ganz aufgegeben hat. 2) Eine andere Ausnahme, wo das Forum des Arrestes begründet erscheint, findet dann statt, wenn Jemand einen Anspruch an einen Ausländer hat, welchen er nur vor einem auswärtigen Gerichte verfolgen könnte, allein bei dem zuständigen, ausländischen Gerichte keine Rechtshülfe erlangen kann, indem ihm aller angewendeter Mühe ungeachtet, die Rechtshülfe versagt wird. In einem solchen Falle gestattet man dem Kläger in seinem eigenen Vaterlande, wo sich zufällig der Schuldner oder dessen Vermögen befindet, durch das vaterländische Gericht einen Arrest anlegen zu lassen, und zwar mit dem Erfolge, daß, obgleich dieses Gericht für den Hauptanspruch nicht zuständig ist, dieser dennoch vor demselben zu verhandeln ist, weil sonst der Kläger rechtlos bleiben und der eigenthümliche Zweck dieses Arrestes: die Hauptsache zu verhandeln, zu entscheiden und zu exequiren, nicht erreicht werden würde. Ein solcher Arrest kann übrigens, weil dadurch Conflicte zwischen den einzelnen Staaten beinahe unvermeidlich sein würden, nur dann beantragt werden, wenn alle gelindern Mittel vergebens versucht sind, von einem Untergerichte aber selbst dann nur unter der Voraussetzung, daß die höchste Staatsbehörde wegen Anlegung des Arrestes befragt worden ist und dieselbe gebilligt hat.

---

8) Reichsabschied v. 1570, §. 84; v. 1594, §. 81 a. E., §. 82. Strube, V, 88. Seuffert, Archiv, Bd. 5, Nr. 64. Dagegen v. Bülow u. Hagemann, IV, Erört. 37, S. 210 fg.; VII, 13.

§. 57 und 58.

B) Außerordentlicher Gerichtsstand; 1) überhaupt, 2) dessen einzelne Fälle.

I. Bis hierher sind alle gesetzlichen Gerichtsstände erster Instanz, die fora ordinaria, erörtert worden; allein es gibt, wenn auch seltener, Fälle, worin diese sämmtlich in Bezug auf die einzelne Sache aus besondern Gründen ihre regelmäßige Anwendbarkeit verlieren, und der Kläger mit Ueberspringung der ersten Instanz gleich in der höhern Instanz des Beklagten (der zweiten oder dritten) die Klage anzubringen berechtigt ist, weil die erste Instanz entweder nicht brauchbar ist, oder in der Art, wie sie im einzelnen Rechtsstreite nöthig wäre, überall nicht bei einem Untergerichte existirt. Diese außerordentlichen Gerichtsstände unterscheiden sich von den speciellen wesentlich dadurch, daß sie Obergerichte sind, welche mit Hintansetzung des Rechts der ersten Instanz [1]) im einzelnen Falle, oder oft wegen aller Klagen, z. B. bei der Vacanz des Untergerichts, competent sind. Der Zweck, welcher diesen außerordentlichen Gerichtsständen zum Grunde liegt, könnte allerdings erreicht werden, wenn das Obergericht für den einzelnen Fall eine Commission ernennte; allein, das ist nach Deutschem Rechte keineswegs eine Pflicht [2]) des Obergerichts, weshalb dies, wenn eine Commission nicht ernannt wird, durch Appellationen nicht erzwungen werden kann. Das Obergericht ist übrigens in einem solchen Falle zuständig, die Klage selbst alsbald anzunehmen [3]).

II. Die einzelnen Fälle, in denen ein solcher außerordentlicher Gerichtsstand eintritt, beruhen entweder auf einer beabsich-

---

1) Reichskammergerichtsordnung v. 1555, Th. 2, Tit. 5, §. 2; Tit. 26, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 105.

2) Reichskammergerichtsordnung v. 1555, Th. 2, Tit. 1, §. 2. Cap. 10 X. de foro comp. (2, 2). Cap. 61 i. f. X. de appell. (2, 28). Anderer Meinung ist Glück, Comment., VI, 230 fg.

3) Reichskammergerichtsordnung v. 1555, a. a. O. Reichsdeputationsabschied v. 1600, §. 26, 27. Reichsabschied v. 1594, §. 74. Anderer Meinung ist Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 12, §. 4.

tigten Erleichterung der Rechtsverfolgung, oder auf der Unanwendbarkeit der vorhandenen ersten Instanz. Den erstern Zweck würde man in zwei Fällen, nämlich bei dem Gerichtsstande mitleidswürdiger Personen, und dem Gerichtsstande der Einheit des Klaggrundes, als Grundlage betrachten müssen, wenn man nach Deutschem Rechte überhaupt noch von einem Gerichtsstande mitleidswürdiger Personen reden könnte. Man hat nämlich angenommen, der Gerichtsstand der mitleidswürdigen Personen[4] bestehe nach Römischem Rechte darin, daß dergleichen Personen in Rechtsstreitigkeiten, worin sie als Kläger auftreten, nach Gefallen alsbald in höchster Instanz die Klage hätten anstellen, als Beklagte aber wählen können, ob ihr Gegner in unterster oder höchster Instanz wider sie klagend auftreten solle. Allein diese Behauptung ist unrichtig, das Gesetz spricht vielmehr nur von der Frage, ob solchen Personen das Erscheinen in Person vor der höchsten Instanz (coram principe) in Sachen zur Pflicht gemacht werden könne, welche ohnehin zufolge der römischen Gerichtsverfassung von dem Kaiser selbst behandelt wurden[5]). Es entscheidet aber die einschlagende Gesetzstelle nichts, und ordnet nichts Neues rücksichtlich der Competenz dieses Gerichtsstandes an, sondern dispensirt dergleichen Personen nur von dem Erscheinen in Person vor der höchsten Stelle. In Deutschland hat aber bei der veränderten Gerichtsverfassung, durch welche alle Cabinetsjustiz beseitigt wurde, die Obergerichte aber durch das in den Gesetzen auf das entschiedenste anerkannte Recht der ersten Instanz beschränkt sind, ein solches Privilegium niemals gesetzliche Anerkennung gefunden, und kann deshalb als anwendbar nicht angesehen werden. — Was dagegen den zweiten Fall betrifft, den Gerichtsstand der Einheit des Klaggrundes[6]), so

---

4) L. un. C. quando imper. inter pupill. (3, 14). Weber, Beiträge zu Klagen und Einreden, Bd. 2, Abh. 12, S. 59 fg. Glück, a. a. O., Bd. 6, §. 522. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 31, Note 3. Bayer, Civilproceß, S. 225 fg.

5) L. 5, §. 3, C. de tempor. et repar. (7, 63).

6) Lotz, Civilistische Abhandlungen, S. 136—143. Mittermaier, Archiv für civilistische Praxis, II, 141 fg. Pfeifer, Praktische Ausführungen, I, 324 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 175. Planck, Mehrheit der Rechtsstreit., S. 330 fg. Bayer, Civilproceß, S. 227 fg.

findet dieser zwar auch im Römischen Rechte seine Begründung nicht, allein er ist, wenn auch in Folge einer falschen Usualinterpretation des Römischen Rechts, in den Reichsgesetzen ausdrücklich gebilligt, so daß man über die Rechtsbeständigkeit eines solchen Gerichtsstandes nicht zweifeln kann [7]). Allerdings gelten die desfallsigen Bestimmungen zunächst für das Kammergericht, allein sie müssen consequent ausgedehnt werden, da dieselben nicht blos aus der eigenthümlichen Einrichtung dieses Gerichts hervorgegangen und mit Rücksicht darauf gegeben sind. Zur Begründung dieses Gerichtsstandes ist aber erforderlich, daß der Kläger aus einem und demselben Klaggrunde eine Mehrzahl von Personen bei dem nämlichen Gerichte als Streitgenossen in Anspruch nehmen wolle [8]), und daß diese mehren Personen einen gemeinschaftlichen Gerichtsstand erster Instanz, welcher für diesen Rechtsstreit zuständig wäre, außerdem [9]) nicht haben. Solchen Falles findet der Gerichtsstand vor dem nächsten Obergerichte der mehren Beklagten, mögen sie verschiedenen Untergerichten desselben Obergerichtes, oder verschiedenen Obergerichten desselben Staatsgebiets dingpflichtig sein, statt. Durch diese Voraussetzungen unterscheidet sich dieser Gerichtsstand denn auch wesentlich von dem der materiellen Connexität (§. 55, V.). Das was bisher von dem Gerichtsstand der Einheit des Klaggrundes bei mehren Streitgenossen gesagt worden ist, pflegt man ebenso auch anzuwenden, wenn zwar der Beklagte nur ein Individuum ist, allein das directe Object einer einzigen Klage eine Mehrheit von Sachen ist, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken belegen sind. Auch hier soll der Kläger befugt sein, die Klage auf alle diese Objecte bei dem nächsten Obergerichte, welchem die verschiedenen Gerichtsstände der belegenen Sache untergeordnet sind, zu bringen. Man unterscheidet deshalb forum ex identitate fundamenti agendi per-

---

7) L. 1 et 2, D. de quib. reb. ad eund. judic. eatur. (11, 2). Reichsdeputationsabschied v. 1600, §. 23 fg. Anderer Meinung ist Mittermaier, a. a. O., S. 126 fg.; Brackenhöft, Erörterungen, S. 261 fg. Dagegen Planck, a. a. O., S. 233 fg.

8) Martin u. Walch, Magazin, I, 15, 30—49, 174, Note.

9) Es ist dieser Gerichtsstand nur subsidiär. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 23. v. Bülow u. Hagemann, III, Erörterung 62 a. E. Glück, IX, 300.

sonale und reale. Allein in den Reichsgesetzen [10]) ist dies noch zu einer künftigen Entscheidung der Gesetzgebung ausgesetzt, und die Kammergerichtsordnung [11]) redet nur von dem Falle des streitigen Besitzes der Landeshoheit über dergleichen Güter, läßt sich also auf gewöhnliche Rechtsverhältnisse nicht ausdehnen. Die bloße Bequemlichkeit des Klägers aber reicht ohne Gesetz nicht aus, um dem Beklagten das Recht der ersten Instanz zu entziehen, zumal dieselbe Bequemlichkeit vor dem generellen Gerichtsstande des Wohnsitzes des beklagten Inhabers dargeboten wird, weshalb auch par ratio nicht vorhanden ist, da es für die mehren Streitgenossen ein anderes gemeinschaftliches, als das außerordentliche Forum, gar nicht gibt. — Man muß daher, soweit nicht Landesgesetze entgegenstehen, den Gerichtsstand der Einheit des Klaggrundes auf den Fall einer Streitgenossenschaft beschränken [12]).

§. 59.

Fortsetzung.

I. Die übrigen Fälle eines außerordentlichen Gerichtsstandes beruhen auf der Unanwendbarkeit der vorhandenen ersten Instanz. Diese tritt dann ein, wenn darüber Ungewißheit vorhanden ist, welches Gericht zuständig sei, — nicht weil der Kläger dies nicht wußte, sondern weil Grenzstreitigkeiten zwischen den mehren Gerichten obwalten und dieser Streit gerade auf den Gegenstand

---

10) Zwar heißt es im Dubium camerale VIII, im Corp. jur. cameral., p. 473, No. 8 (Frankfurt 1724): „Wann in des Klägers Election stehet, ob er eine Klage in loco domicilii, oder ubi res sitae sunt, anstellen wolle, und ob er (dieweil die Güter in unterschiedenen Orten und Herrschaften gelegen) besorgen muß, daß die Sache in puncto dilatoriarum in Weitläufigkeit und Längerung gerathen möchte, ist für gut geachtet, daß man zur schleunigen Beförderung der Sachen den Proceß alsbald in camera anstellen möge." Allein in §. 140 des Reichsabschieds von 1600 ist hierüber nichts bestimmt, sondern die Entscheidung einem spätern Reichstage vorbehalten, später aber nicht erfolgt. Siehe vielmehr Wahlcapitulation Franz II., Art. 18, §. 4; Art. 21, §. 1.

11) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 21, §. 1.

12) Anderer Meinung ist Schmid, a. a. O., S. 124 fg. Planck, a. a. O., S. 333, 348 fg. Bayer, a. a. O., S. 232.

des Rechtsstreits oder die Person des Beklagten sich bezieht, auch kein Gericht im Possessorium rücksichtlich der fraglichen Gerichtsbarkeit geschützt ist [1]) —, oder wenn bei Mengedörfern, über welche mehren Gerichten die Gerichtsbarkeit zusteht, die moralische Person der Gemeinde belangt ist, zwischen den mehren Gerichten aber für solche Fälle eine Vereinbarung nicht getroffen ist. Ferner findet der außerordentliche Gerichtsstand dann statt, wenn bei dem zuständigen Gerichte eine Vacanz eintritt, oder wenn, was dieser gleichsteht, es sich um eine eigene Sache [2]) des Richters, seiner Frau oder Kinder handelt, und kein anderer richterlicher Beamter bei demselben Gericht ist, welcher diese einzelne Sache führen und entscheiden könnte. Sodann aber soll, wenn von dem Untergerichte die Rechtspflege hartnäckig, selbst nachdem darüber bei der Oberbehörde Beschwerde geführt und von da der Befehl Justiz zu administriren ergangen ist, verweigert oder doch sehr verzögert wird, eine Abrufung der Sache und Verweisung an einen außerordentlichen Gerichtsstand [3]) verfügt werden.

II. Der außerordentliche Gerichtsstand tritt endlich aber auch dann ein, wenn gegen die Unparteilichkeit des ordentlichen Richters [4]) Mistrauen gehörig geltend gemacht ist. Obgleich es zum Rechtsbestande der gerichtlichen Amtsthätigkeit nicht erforderlich ist, daß die Parteien Vertrauen [5]) zur Unparteilichkeit des Gerichts, vor welchem sie Proceß führen, haben, so wäre es doch ebenso unnatürlich als unbillig, Jemanden zwingen zu wollen, bei einem Gerichte Recht zu nehmen, gegen welches er

---

1) Reichsabschied von 1594, §. 72. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 26. Grolman, Theorie, §. 48.

2) L. un. C. ne quis in sua causa (3, 5). L. 10 D. de jurisd. (2, 1). Vergl. §. 43, II.

3) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 1, §. 2, und Tit. 26. L. 12 pr. C. de judiciis (3, 1). Reichsabschied von 1566, §. 108. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 27.

4) Lotz, Civilistische Abhandlungen, S. 24 fg. Gesterding, Archiv für civil. Praxis, II, 238 fg. Nachforschungen, 1, 4, 87 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, Bd. 1, §. 44. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 26, S. 46 fg. Bayer, Civilproceß, §. 81—83, S. 251 fg.

5) Vergl. §. 43, II, a. E., S. 290, und die dort Note 3 Genannten; auch Linde, Lehrbuch, §. 80.

das Mistrauen hegt, dasselbe werde parteiisch gegen ihn verfahren. Der Staat muß daher zur Ehre seiner Rechtspflege das Vertrauen der Parteien zu den Gerichten möglichst befördern, und eben deshalb jedem Interessenten es möglich machen, sein Mistrauen in gehöriger Weise geltend machen zu können, wenn auch besondere Regeln über die Art und Weise, wie dabei zu verfahren sei, nicht gegeben sind. Das Deutsche gemeine Recht [6]) erkennt ausdrücklich diese Billigkeit an, und gestattet daher jeder Partei die Befugniß, das competente Gericht, an das sie sich wenden müßte, als verdächtig zu recusiren, sobald sie Mistrauen gegen dessen Unparteilichkeit hegt. Wird nun von diesem Rechte Gebrauch gemacht, und das Mistrauen im einzelnen Falle als begründet erkannt, so hat das den Erfolg, daß die Recusation eines Actuars oder andern Subalternen, auch eines einzelnen Votanten eines Justizcollegiums, bei welchem, selbst wenn der Recusirte zurücktritt, noch eine hinreichende Anzahl von Mitgliedern übrig ist, keine Veränderung rücksichtlich des Gerichtsstandes bewirkt, vielmehr nur der einzelne Recusirte sich aller Theilnahme an der Behandlung und Entscheidung der Sache völlig zu enthalten hat, und nöthigen Falls durch andere Personen zu ersetzen ist, z. B. der Actuar durch einen Notar oder zwei Zeugen. Sobald dagegen durch die Recusation ein ganzes Gericht, eine Instanz, wegfällt, weil etwa nur ein Beamter Richter ist und dieser recusirt wird, oder weil die zur gehörigen Besetzung eines Collegiums erforderliche Anzahl, nach Ausscheiden des Recusirten, nicht übrig bleibt, dann tritt die Nothwendigkeit ein, anstatt des recusirten Gerichts ein forum extraordinarium, und zwar bei dem nächsten Obergerichte anzurufen [7]). Sollte dieser Fall aber bei der letzten Instanz eintreten, dann würde nur die gesetzgebende

---

6) L. 16 C. de judiciis (3, 1). Quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum judicem putat, antequam lis inchoetur eum recusare. L. 18 ibid.; L. 9 pr. D. de liberali causa (40, 12). In Bezug auf den römischen Civilproceß Zimmern, Civilproceß, §. 10, 31. Puchta, Instit., II, 42 fg. Keller, Römischer Civilproceß, S. 39 fg. Heyse u. Cropp, Abh. 2, S. 52.

7) Cap. 10 X. de for. comp. (2, 2). Arg. cap. 61 i. f. pr. X. de appell. (2, 28). Deputationsabschied v. 1600, §. 27.

Gewalt des Staats über das dann anzurufende forum extraordinarium entscheiden können.

III. Damit nun aber die Recusation eines verdächtigen Richters mit Erfolg geschehen könne, ist einmal nöthig, daß ein gehörig begründetes Mistrauen gegen die Unparteilichkeit der Gerichtspersonen im einzelnen Falle vorhanden sei, und sodann, daß dasjenige Verfahren beobachtet werde, welches zur Geltendmachung eines solchen Mistrauens vorgeschrieben ist. Zu einem genügend begründeten Mistrauen gegen die Unparteilichkeit der Gerichtspersonen erfordern aber die Gesetze [8]) keine objective Realität des Verdachts, d. h. sie erfordern nicht die Behauptung und eventuell den Nachweis, daß die zu verbittende Gerichtsperson fähig und im Begriffe sei, pflichtwidrig parteiisch zu handeln, wiewol sie solche Fälle nicht ausschließen, sondern sie erachten die subjective Meinung jeder einzelnen Partei über die von diesem Gerichte zu erwartende parteiische Behandlung dieses Rechtsstreits für genügend. — Damit jedoch aus diesem Gesichtspunkte keine Misbräuche von den Parteien begangen werden können, wodurch die gewöhnliche Geschäftsordnung sehr gestört werden und selbst die Gegenpartei leicht Schaden leiden würde, so muß jene subjective Meinung durch Gründe veranlaßt sein, welche scheinbaren Anlaß zu einem solchen Mistrauen geben können, und eine ausdrückliche Angabe dieser Gründe erfolgen. Nun haben zwar die Gesetze die Gründe, welche zur Motivirung des Mistrauens genügend erscheinen sollen, nicht einzeln, sondern nur Beispiele [9]) solcher Gründe aufgezählt; allein die Praxis hat nicht unpassend [10]) ein Argument von den Verdachtsgründen bei Zeugen auf die der Recusation eines Gerichts, als suspect, bezogen, dabei jedoch dem richterlichen Ermessen sehr freien Spielraum gelassen. —

8) L. 16, 18, C. cit.; L. 9 D. cit. — forte si eum judicem inimicum sibi esse affirmet.

9) Cap. 36 X. de appell. (2, 28). Fraternitati tuae literis praesentibus intimamus, quodsi causa alicui fuerit delegata, qui consanguineus sit illius, qui literas impetravit, aut in eodem negotio advocati functus officio, vel ex alia justa causa suspectus, hujusmodi delegatus non immerito poterit recusari. — Cap. 18 X. de judic. (2, 1).

10) Anderer Meinung ist Bayer, a. a. O., S. 254; Gesterding, im Archiv, VI, 245.

Wenn man aber von dieser Ansicht der Begründung einer Recusation ausgeht, so folgt daraus: 1) daß von Amtswegen, wenn nicht von Seiten eines der Hauptinteressenten am Rechtsstreite das Recht auf Recusation geltend gemacht wird, keine Rücksicht darauf genommen werden kann, daß vielleicht Veranlassung zu einem solchen Mistrauen vorhanden wäre, z. B. notorische Verwandtschaft. Denn Alles hängt davon ab, ob die einzelne Partei wirklich ein solches Mistrauen hegt, und ob sie es geltend machen will, oder ob sie nicht vielleicht vorzieht, die gelindern Mittel [11]), der sie sich zur Erreichung desselben Zweckes bedienen könnte, z. B. durch ein Gesuch um Versendung der Acten zum Spruch oder durch Zuziehung eines Notars bei der Zeugenvernehmung, anzuwenden. Das Gericht darf also in keinem Falle der Partei bei der Wahl der Mittel vorgreifen. 2) Es kann daher in jedem einzelnen Falle von der betheiligten Partei auf die an sich begründeten Recusationsgründe, welche sie gegen das Gericht, vor welchem das Verfahren stattfindet, hat, verzichtet werden. Das geschieht aber sowol ausdrücklich als stillschweigend [12]) dadurch, daß die Partei mit Kenntniß der vorhandenen Recusationsgründe bei dem verdächtigen Gerichte Anträge stellt, wodurch sie dasselbe in seinen richterlichen Functionen anerkennt und zur Thätigkeit selbst auffordert. Es können daher die bereits bekannten Recusationsgründe im Laufe des Verfahrens nicht weiter geltend gemacht werden, wenn bei dem verdächtigen Gerichte, ohne davon Gebrauch zu machen, der Rechtsstreit wirklich begonnen worden ist [13]). Sollte dagegen die Kenntniß von Recusationsgründen der Partei erst mitten im Verfahren zukommen, oder dergleichen dann erst entstehen, so schadet der Partei die

---

11) J. H. Böhmer, Jus eccles. Protest., lib. 2, tit. 2, §. 69 sq. Lotz, a. a. O., S. 24 fg.

12) Cap. 25 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29). Cap. 5 eod. tit. in VI[to] (1, 14).

13) L. 16 C. citata. — Nov. 96, cap. 2, §. 1. Si vero forte judex apud quem litem instituit, ei displicuerit, hoc quoque ei emendare liceat. Nam cum XX. dierum spatium post libellum missum dederimus, post quod litem contestari oporteat, licebit intra dictas inducias illum quidem recusare, alium vero accipere, apud quem rursus utramque litem similiter disceptare convenit. — Cap. 25 X. de offic. jud. del. (1, 29).

vor dem suspecten Gerichte bereits stattgehabte Verhandlung nicht; allein sie muß ihr Recht unverweilt geltend machen, wenn es beachtet werden soll. 3) Jede Recusation ist in der Regel individuell, d. h. sie bezieht sich nur auf den einzelnen bestimmten Rechtsstreit, und muß in jedem andern Rechtsstreite, wenn sie auch dafür sich wirksam äußern soll, wiederholt werden, weil der bloße Anlaß zum Verdacht selten in mehrern Rechtsstreitigkeiten derselbe bleibt. Indessen lassen sich doch Fälle denken, in welchen dieselben Verdachtsgründe für eine ganze Gattung von Rechtsstreitigkeiten Geltung haben, mithin Fälle einer recusatio generalis, z. B. wenn die zu verbittende Gerichtsperson mit einer bestimmten Partei in solche Feindschaft gerathen wäre, daß die Wirkung davon in allen Fällen, wo diese Partei als Kläger oder Beklagter aufträte, zu besorgen wäre. 4) Eben darum kann auch nicht leicht eine Recusation eines Justizcollegiums, als solchen, vorkommen, sondern nur einzelner Mitglieder desselben, es müßte denn von einem mittelbaren Interesse des Collegiums, als solchen, sei es nun einem pecuniären oder Ehreninteresse, die Recusation hergenommen sein [14]). 5) Endlich folgt aber hieraus, daß man eine Recusationserklärung, mag sie von Erfolg sein oder nicht, als eine Ehrenkränkung gegen den recusirten Beamten an und für sich nicht betrachten kann [15]), weil die Gründe der Recusation lediglich auf der subjectiven Meinung des Recusirenden beruhen. Etwas Anderes wäre es, wenn entweder die Fassung der Recusationserklärung etwas Beleidigendes enthielte, oder solche Gründe angeführt wären, welche den Beamteten allerdings zur Ehrenkränkung gereichen müßten. Denn in einem solchen Falle würde dem recusirten Beamten allerdings eine Injurienklage gegen den Recusanten zustehen.

IV. Ist aber ein gegründetes Mistrauen vorhanden, so muß, um dasselbe geltend zu machen, das gehörige Verfahren, wie es in den Gesetzen für solche Fälle vorgeschrieben ist, beobachtet werden. Im Allgemeinen ist hierüber aber, während unten §. 298

---

14) Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 12. Schorch, respons., 116.

15) L. 13, §. 1, D. de injur. (47, 10). Weber, Ueber Injurien, III, 211.

die genauern Bestimmungen anzugeben sind, zu erwähnen, daß zwar das Kanonische Recht die Entscheidung über die Recusationsgesuche an Schiedsrichter [16]), welche beide Theile zu erwählen haben, verwiesen hat, daß aber das Deutsche gemeine Recht diese Vorschrift nie recipirt hat. Nach diesem wird vielmehr durch dergleichen Anträge ein präparatorisches Verfahren in Ansehung des Gerichtsstandes veranlaßt, und darin über die Zulässigkeit der erhobenen Recusation entschieden. Wird ein Einzelrichter oder eine ganze Instanz recusirt, so findet dieses Verfahren bei dem vorgesetzten Obergerichte statt, während bei Recusationen einzelner Subalternen oder Collegialmitglieder diese causae cognitio dem Vorsteher des Gerichts oder dem Präsidenten des Collegiums zukommt. In dem Antrag auf Recusation muß dann der gerechte Anlaß zum Mistrauen angegeben, zugleich aber dessen Richtigkeit nachgewiesen werden, wie das nicht nur im Kanonischen Rechte angeordnet, sondern auch in einem Visitationsabschiede des Kammergerichts wiederholt wird. Allein schon in der Praxis des Mittelalters fing man an dem Recusanten zu erlauben, anstatt dieses Beweises der Verdachtsgründe einen Calumnieneid zu schwören, daß er sich nicht gegen besseres Wissen der Recusation bediene, und nannte diesen Eid (juramentum perhorrescentiae) Perhorrescenzeid. Je mehr nun dieser Eid der wahren Natur einer Recusation entspricht, weil bei derselben Alles auf die individuelle Ueberzeugung des Recusirenden ankommt, um so mehr hat man in neuerer Zeit behauptet, es sei die Angabe von Verdachtsgründen bei dem Perhorrescenzgesuche gar nicht nöthig, vielmehr genüge das bloße Erbieten zum Perhorrescenzeide. Diese Behauptung jedoch entspricht durchaus nicht den Vorschriften des gemeinen Rechts, vielmehr muß nach der richtigern Theorie auch jetzt noch zur Vermeidung von Misbräuchen das specielle Anführen [17]) von Recu-

16) Cap. 41, §. 1. Cap. 61 X. de appell. (2, 28). Cap. 39 X. de offic. jud. deleg. (I, 29). Cap. 10 X. de foro comp. (2, 2).

17) Cap. 10 X. de foro comp. (2, 2). Cap. 36, 41, 61, X. de appell. (2, 28). Cap. 27, §. 3, 5. Cap. 39 X. de offic. et pot. jud. deleg. (1,29). Reichsschluß von 1775 in Schmauß, Corp. jur. publ., edit. Schumann u. Franke (1794), S. 1532 fg., Note 8 und 9. Berger, Oecon. jur., ed. Winkler, VII, p. 830, Nota 8. Pütter, Rechtsfälle, Bd. 1, S. 1034,

sationsgründen und das Erbieten zu deren Nachweis oder statt dessen [18]) zur Ableistung des Perhorrescenzeides erfordert werden. — Die auf ein in solcher Weise genügend substantiirtes Recusationsgesuch erfolgende Cognition des Richters wird nicht sowol als ein Streit zwischen den Parteien, sondern vielmehr aus dem Gesichtspunkte einer Disciplinarsache behandelt, welche ohne Wechselgehör und ohne weitläufiges Beweisverfahren von der competenten Behörde zu entscheiden ist. Während des Verfahrens darüber muß aber die Hauptsache einstweilen ruhen und der eigentlich zuständige, aber recusirte Richter sich aller Verfügungen in der Sache bei Strafe der Nichtigkeit enthalten [19]), bis jene Präjudicialfrage entschieden ist. Dagegen leiden die frühern Schritte des recusirten Gerichts an ihrem Rechtsbestande dadurch nicht, daß die Recusation mit völligem Erfolge durchgeführt wird.

§. 60.

b) Der willkürlich erwählte Gerichtsstand.

I. Obgleich man auch heutzutage in Deutschland die Zuläſsigkeit eines willkürlich erwählten Gerichtsstandes [1]) (forum prorogatum) im Allgemeinen nicht bestreiten kann [2]), da selbst die Reichsgesetze desselben ausdrücklich gedenken, so sind doch mancherlei Streitfragen in Beziehung darauf deshalb entstanden, weil theils die heutige Gerichtsverfassung von der römischen, aus wel-

---

Nr. 17. Strube, Rechtliche Bedenken, Bd. 2, Bedenken 11. So erkannte auch das Reichskammergericht; siehe v. Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden, Th. 2, Abh. 9, S. 156 fg.; Th. 15, Abh. 6, S. 54. Anderer Meinung ist v. Bülow u. Hagemann, Bd. 2, Erört. 19. Gesterding, im Archiv, VI, 242. Glück, VI, 222.

18) Kammergerichtsvisitationsabschied von 1717, §. 67. Adolf Martin, Jahrbücher für Rechtspflege in Sachsen, II, 323. Als Ergänzungsmittel des sonstigen Beweises der Verdachtsgründe betrachten diesen Eid Linde, Lehrbuch, §. 81 a. E.; Bayer, a. a. O., S. 256 fg.

19) Cap 5 de offic. et potest. jud. del. in VI[to] (1, 14). Cap. 41, §. 1, X. de appell. (2, 28).

1) Glück, Commentar, Bd. 3, §. 202, 203, 206, 207. Busch, Archiv für civilistische Praxis, XIX, 26 fg. Schmid, Handbuch, Bd. I, §. 56, S. 125 fg. Bayer, Civilproceß, §. 77, S. 233 fg.

2) Siehe §. 46, II.

cher dieser Gegenstand seinen Ursprung herleitet, so wesentlich verschieden ist, daß dadurch in einzelnen Fällen Zweifel entstehen, theils die Grundsätze über pacta nuda, welche für diese Materie von bedeutendem Einflusse sind, wesentliche Veränderungen erlitten haben. Zweifelhaft ist zunächst, 1) ob auf ein ausländisches Gericht eine Prorogation überhaupt zulässig sei. Man bezweifelt die Zulässigkeit deshalb, weil im Römischen Recht darüber nichts vorkommt, aber freilich auch nicht wohl etwas vorkommen konnte, und nach Deutschem gemeinen Rechte das jus de non evocando entgegenzustehen scheint; deshalb ist dann auch in mehren Staatsverträgen deutscher Bundesstaaten unter einander eine solche Prorogation für unzulässig erklärt worden. Nach gemeinem Rechte aber möchte sich die Zulässigkeit einer solchen Prorogation so lange mit Grund nicht bestreiten [3]) lassen, so lange man einen Gerichtsstand des Contractes im Auslande anerkennt, welcher doch ebenfalls auf der Willkür der Contrahenten beruht, und als ein Eingriff in die Jurisdiction des Vaterlandes nicht betrachtet wird. Auch ist ja der Richter, bei welchem der willkürlich gewählte Gerichtsstand stattfindet, keineswegs befugt, die Localgrenzen seiner Gerichtsbarkeit zu überschreiten, sondern muß sich, falls dies nöthig sein sollte, der Hülfe des competenten Richters bedienen, welche er durch Requisitionen für sich in Anspruch zu nehmen hat. Was aber sodann das jus de non evocando [4]) betrifft, so ist dies theils völlig aufgehoben, theils bestand es überhaupt nur darin, daß Niemand gegen seinen Willen gezwungen werden sollte, im Auslande vor einem nicht zuständigen Richter einen Rechtsstreit zu führen, wozu wol in früherer Zeit die Parteien mitunter genöthigt worden waren. Davon kann aber bei einem prorogirten Gerichtsstande nicht die Frage sein, weil zu einer Prorogation die Einwilligung beider Streittheile nothwendig vorausgesetzt wird. — 2) In Ansehung der Unterthanen von Patrimonialgerichten behauptet man ferner häufig, daß sie nicht

3) v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, Bd. 4, S. 450, Note d. Vergl. Glück, III, 252. Anderer Meinung ist v. Grolman, Theorie, §. 49, S. 52, Note 2. Thibaut, Pandektenrecht, §. 108.

4) Pütter, Auserlesene Rechtsfälle, Bd. 1, Ded. 3, S. 30 fg. Hommel, Rhaps., obs., 631.

einmal auf ein anderes inländisches Gericht prorogiren dürften, wenigstens nicht ohne Zustimmung des ordentlichen Patrimonialgerichts. Man stützt diese Ansicht darauf, daß das Römische Recht Gerichte dieser Art nicht gekannt habe, und daß die Erbgerichte ein wohlerworbenes Recht auf die Sporteln hätten, welche ihnen ohne ihre Einwilligung nicht entzogen werden können. Allein daraus, daß die Römer diese Art von Jurisdiction nicht gekannt haben, läßt sich für die behauptete Beschränkung kein Grund entnehmen, weil nur die Art des Erwerbes und der Uebertragung bei dieser Gerichtsbarkeit eine veränderte ist, vermöge deren dieselbe als ein Eigenthumsrecht betrachtet werden muß, im Uebrigen aber nichts an den allgemeinen, für die Gerichtsbarkeit geltenden Grundsätzen geändert wird. Es können daher auch die Erb- oder Patrimonialgerichte keine stärkern Verbindlichkeiten und keinen größern Umfang der Gerichtsobliegenheiten den Gerichtsunterthanen auferlegen, als die Staatsgerichte den ihrigen, da in dieser Beziehung beide sich völlig gleichstehen. Auf die Sporteln aber steht dem Patrimonialrichter nur dann ein wohlerworbenes Recht zu, wenn er zur Amtsthätigkeit aufgefordert worden ist, darum kann also den Patrimonialgerichtsunterthanen die Prorogation des Gerichtsstandes ebenso wenig versagt werden [5]), als es ihnen verboten werden kann, sich der Schiedsrichter zur Schlichtung ihrer Rechtsstreitigkeiten zu bedienen. — 3) Ob auch solche Personen, welche vermöge eines **Privilegiums** einen ausgezeichneten Gerichtsstand haben, diesem durch Prorogation entsagen können, ist nach dem Kanonischen Recht [6]) darum zweifelhaft, weil darin den Geistlichen verboten ist, auf irgend ein weltliches Gericht ihre Rechtsstreitigkeiten zu prorogiren, und die Prorogation auf ein anderes geistliches Gericht nur mit Zustimmung des ordentlicherweise zuständigen Richters gestattet ist. Die für dieses Verbot angegebenen Gründe, namentlich der, das Privilegium sei dem

---

5) Leyser, vol. 1, spec. 29, med. 5. Glück, a. a. O., §. 206, S. 254 fg. Busch, a. a. O., S. 43 fg. Anderer Meinung sind v. Bülow u. Hagemann, IV, 79 fg.

6) Cap. 1, 12, X. de foro comp. (2, 2). Quia toti ordini privilegium est concessum. Ueber die Anwendbarkeit bei Protestanten Böhmer, Jus eccles. Protest., lib. 2, tit. 2, §. 41.

ganzen Stande der Geistlichen, als solchem, verliehen und es könnte daher von Einzelnen darüber nicht disponirt werden, erscheinen ungenügend, weil insbesondere durch eine einzelne Prorogation dem ganzen privilegirten Stande nicht präjudicirt wird, vielmehr nur ein Einzelner für den einzelnen Fall des Privilegiums seines Standes sich nicht bedienen würde. Man hat daher auch die Ausdehnung dieses Verbots auf protestantische Geistliche wol nicht mit Unrecht bezweifelt. Noch weniger aber läßt sich jene Beschränkung des Kanonischen Rechts auf andere Unterthanen, welchen ein persönlich privilegirter Gerichtsstand zukommt, ausdehnen, weil nicht nur die dafür im Kanonischen Rechte angeführten Gründe nicht anwendbar sind, vielmehr das Römische Recht [7]) für die Freiheit derselben in Rücksicht der Befugniß zur Prorogation des Gerichtsstandes spricht, wenn auch L. 29 C. de pactis nur von einer Renunciation, nicht eigentlich einer Prorogation des Gerichtsstandes redet. 4) Daß ferner objectiv privilegirte Rechtsstreitigkeiten durch Prorogation dann nicht auf ein anderes Gericht übertragen werden können, wenn deren Verweisung aus Gründen des öffentlichen Wohles an ein besonderes Gericht geschehen ist, z. B. die Ehesachen, entspricht den allgemeinen Rechtsregeln [8]). Allein oft sind dazu andere Veranlassungen vorhanden gewesen, welche die Willkür der Parteien nicht ohne Weiteres ausschließen. Daher z. B. bei Lehnssachen, weil das öffentliche Interesse nicht allein diesen Gerichtsstand herbeigeführt hat, jene Rücksicht schon weniger entscheidend, und bei landesgesetzlich privilegirten Rechtssachen, z. B. Wechselsachen, lediglich auf den Grund des Privilegiums Rücksicht zu nehmen ist. 5) Ebenso ist es zweifelhaft, ob ein Gericht, welches nur für eine gewisse Classe von Personen angeordnet ist, z. B. ein Militärgericht, durch Prorogation für andere zu dieser Classe nicht gehörige Personen competent werden könnte. Ausdrückliche Entscheidungen der Gesetze hierüber finden sich nicht, allein es möchte schwerlich eine solche Prorogation zulässig sein, weil Privatpersonen durch Vertrag sich nicht Vorzüge beilegen und Vortheile verschaffen können, welche durch Privilegium gewissen Personen

7) L. 29 C. de pactis (2, 3). L. 51 C. de episcop. (1, 3).

8) Arg. cap. 5 X. de judic. (2, 1). Cap. 6, 7, X. de for. comp.

vom Staate ausschließlich verliehen sind. 6) Ferner läßt sich eine Prorogation auf einen Commissar, der nur ausnahmsweise eine durch den Inhalt seines Commissoriums näher begrenzte, jedenfalls beschränkte Gerichtsbarkeit hat, nicht wohl rechtfertigen[9]), weil durch Privatverträge Niemand, der vom Staate als Richter nicht bestellt ist, zu einem solchen gemacht werden kann (vergl. §. 300). 7) Endlich kann es keinen Zweifel leiden, daß die Parteien sich in der Appellationsinstanz an kein Obergericht auf Grund einer Prorogation wenden können, zu welchem das bisher zuständige Untergericht nicht in dem geordneten Subordinationsverhältnisse steht. Denn ohne dieses Verhältniß kann kein Appellationsverfahren wirksam sein, weil das Untergericht die Verfügungen des nicht zuständigen Obergerichts nicht anzuerkennen braucht und weil, wenn auch der Unterrichter seine Einwilligung zu der Prorogation gegeben hätte, doch diese wirkungslos sein müßte, da kein Unterrichter beliebig über seine Gerichtsbarkeit und die gesetzlich geordnete Gerichtsverfassung disponiren kann.

II. Sollte nun aber im einzelnen Falle die Zulässigkeit der vorzunehmenden Prorogation einem Zweifel nicht unterliegen, so sind doch darüber, ob die sonst dafür geltenden Grundsätze des Römischen Rechts bei der veränderten heutigen Gerichtsverfassung noch Anwendung leiden, Zweifel erhoben worden. Da nämlich auf der einen Seite die Prorogation nicht blos durch ausdrücklichen Vertrag[10]), sondern auch durch concludente Handlungen[11]) stillschweigend geschehen kann, z. B. indem man sich vor einem incompetenten Gerichte ungeachtet der Kenntniß von dessen Incompetenz auf eine erhobene Klage einläßt, so entsteht die Frage, wie bald ein solcher stillschweigender Consens anzunehmen sei. Nach Römischem Rechte war dies ausgemacht durch die Litiscontestation genügend bezeichnet, indem dieselbe eine zweiseitige Handlung beider Parteien enthielt, wodurch diese sich den Ver-

9) Cap. 40 X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29).

10) L. 29 C. de pactis. (2, 3). L. 1 C. de jurisd. omn. judic. (3, 13). Glück, a. a. O., III, 211 fg., sowie die in Note 35 citirten Schriftsteller.

11) L. 15 D. de jurisd. (2, 1). L. 2 de pr. D. judic. (5, 1). L. 13 C. de except. (8, 36).

fügungen des Gerichts, vor dem dieselbe erfolgte, unterwarfen [12]). Die heutige Einlassung auf die Klage aber ist nicht nur überhaupt von der römischen wesentlich verschieden, indem sie nur eine einseitige Erklärung des Beklagten auf die Klage enthält, sondern sie erfolgt auch oft viel später, nachdem schon eine Reihe von Proceßhandlungen derselben vorausgegangen ist, z. B. Verhandlungen über dilatorische oder einlassungshindernde Einreden, welche ebenfalls als concludente Handlungen anzusehen sein würden. Man darf daher den Zeitpunkt der beginnenden Prorogation nicht hierauf beschränken, sondern muß je nach der Beschaffenheit der im einzelnen Falle vorgekommenen Handlungen bemessen, ob sich daraus auf eine Prorogation des Gerichtsstandes schließen lasse. — Auf der andern Seite läßt sich aber die nach Römischem Rechte begründete Befugniß [13]) von einer verabredeten Prorogation selbst einseitig solange noch zurücktreten zu können, als nicht schon der einzelne Rechtsstreit wirklich anhängig geworden war, auf die heutigen Prorogationen nicht mehr anwenden [14]). Denn jene römisch-rechtliche Befugniß beruhte auf der Unverbindlichkeit eines pactum nudum, welches erst durch die Erfüllung desselben Bedeutung erhielt. Jetzt aber sind alle gültigen Verabredungen schon an sich verbindend und können nur durch Uebereinstimmung beider Theile wieder aufgehoben werden. Auch ist hierzu die Einwilligung desjenigen Gerichts, auf welches prorogirt werden sollte, nicht erforderlich, da eine solche Prorogation überhaupt nur zum Besten der streitenden Theile zugelassen ist. — Soll aber eine vertragsmäßige Prorogation im einzelnen Falle wirksam werden, so ist dazu noch erforderlich, daß der angegangene Richter die Annahme der ihm durch die Vereinigung der Parteien übertragenen Gerichtsbarkeit nicht verweigere [15]).

---

12) Zimmern, Civilproceß, S. 72. fg. Keller, Römischer Civilproceß, S. 264 fg. Becker, Processualische Consumtion (Berlin 1854), S. 284 fg.

13) L. 18 D. de jurisdict. (2, 1).

14) Glück, a. a. O., III, §. 203, S. 211 fg.

15) L. 2, §. 1, D. de judic. (5, 1). Reichsabschied von 1594, §. 65. Glück, a. a. O., III, 214.

§. 61.

c) Besonders von deren Concurrenz und Prävention[1]).

I. Die deutschen Reichsgesetze[2]) reden zwar mit Rücksicht auf den gleichen Geschäftskreis des Reichshofraths und des Reichskammergerichts von einer jurisdictio concurrens, um dadurch die gleichmäßige Berechtigung zweier oder mehrer Gerichte, in demselben Rechtsstreite die Rechtspflege auszuüben, zu bezeichnen; allein sie geben keine Norm an, wonach in solchem Falle der Vorzug des einen dieser Gerichte zu beurtheilen wäre. Indessen bedarf es auch für solange keiner Norm dieser Art, als der Rechtsstreit noch nicht wirklich begonnen ist. Denn das bloße Vorhandensein mehrer, für den einzelnen Rechtsstreit gleich competenter Gerichte veranlaßt an und für sich noch keine Schwierigkeiten, da kein Civilgericht aus eigenem Antriebe seine Amtsthätigkeit beginnt, dieselbe Partei aber denselben Rechtsstreit nicht vor mehren Gerichten zugleich anfangen kann und darf, vielmehr ein bestimmtes Gericht wählen muß, bei welchen sie den Rechtsstreit anhängig macht, und dadurch über den Vorzug der gleichzeitig competenten Gerichte entscheidet. Wenn dagegen nicht allein mehre dergleichen gleichzeitig competente Gerichte für den nämlichen Rechtsstreit vorhanden sind, sondern wenn dann auch jeder der streitenden Theile zur Behandlung derselben Rechtssache ein anderes, competentes Gericht mit Rechtsbestand erwählt und anruft, weil die eine Partei so gut wie die andere klagend darin auftreten kann, und wenn endlich die mehren Gerichte in derselben Sache in Amtsthätigkeit treten, dann entsteht eine Concurrenz der Gerichte im eigentlichen Sinne. Die Veranlassung zu solchen Collisionen geben besonders die judicia duplicia, da bei ihnen beide Partcien klagend auftreten können; es kommen aber auch andere Fälle nicht nur in erster Instanz, sondern auch in der Appellationsinstanz vor, in letzterer wenn dasselbe Untergericht in

---

1) Außer den im Compendium, Note *) Genannten: Sintenis, Erläuterungen, I, 56—70. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 57, S. 133. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstr., S. 282—302. Bayer, Civilproceß, §. 78, S. 238 fg.

2) Reichshofrathsordnung, Tit. 2, §. 8.

derselben Rechtssache zwei gleich competenten Obergerichten unterworfen ist und beide Theile gegen dasselbe Erkenntniß an verschiedene Obergerichte appelliren.

II. Ist nun aber eine solche Concurrenz oder Collision mehrer Gerichte vorhanden, so kann die bloße Wahl einer Partei die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes im einzelnen Falle nicht bestimmen, indem ja die Gegenpartei ebenso rechtsgültig gewählt hat, und selbst die Priorität der Wahl kann als entscheidend nicht betrachtet werden, weil von den Rechten zweier gleichberechtigter Gerichte die Frage ist. Da nun die Gesetze keine ausdrückliche Bestimmungen zur Entscheidung solcher Collisionsfälle enthalten, so haben die Juristen des Mittelalters [3]), ausgehend von der Theorie der Glossatoren über Litispendenz, daß der Rechtsstreit da, wo er begonnen habe, zu beenden sei, und sich stützend auf die Vorschriften der Clem. 2, ut lite pendente, den Grundsatz aufgestellt, daß dasjenige Gericht, welches zuerst eine Ladung an die Parteien gehörig habe insinuiren lassen, als das für den einzelnen Fall allein competente unter den collidirenden Gerichten zu betrachten sei. Man nannte dies Ante-Occupation oder Prävention durch Citation. Allein theils wird die Litispendenz keineswegs durch die erlassene Ladung so allgemein begründet (vergl. §. 152, 156), auch in der angezogenen Gesetzstelle, welche dies nur in Ansehung der Frage ordnet, von welchem Zeitpunkte an im Civilprocesse Attentate verboten seien, dies nicht vorgeschrieben; theils aber sind nicht alle richterliche Verfügungen, durch welche ein Rechtsstreit eingeleitet wird, wahre Citationen, vielmehr gehören zu den einleitenden derartigen Verfügungen Mandate, ja sogar Abschlagsdecrete gegen eine erhobene Klage, indem diese alle als Schritte eines competenten Richters betrachtet werden müssen, wenn auch dadurch der angefangene Proceß alsbald beendigt wird. Man hat daher jenen Standpunkt verlassen und die Prävention

---

3) Rob. Maranta, Ord. judic. (1557), p. 72, no. 20. L. 50 D. de judic. (5, 1). Clem. 2, ut lite pendente (2, 5). Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a judice competente in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit, vel per eam factum fuit, quominus ad ejus notitiam perveniret; dum tamen in citatione praedicta talia sint expressa, per quae plene possit instrui, super quibus in judicio convenitur.

von jeder frühern Amtsthätigkeit[4]) des competenten Richters datirt. Da man nämlich in Deutschland die Gerichtsbarkeit und andere ähnliche Befugnisse des öffentlichen Rechts, den dinglichen Befugnissen des Römischen Rechts gleich, nach den Grundsätzen des Besitzes und der Verjährung beurtheilen zu können glaubte, so wurde davon auch im Falle der Collision mehrer competenter Gerichtsstände Anwendung gemacht und das Princip[5]), daß der Besitz den Vorzug entscheiden müsse, als maßgebend für derartige Fälle betrachtet. Vermöge dieser Ansicht, die in spätern Zeiten allgemeinen Beifall erhalten hat und alle vorkommenden Fälle umfaßt, erlangt zunächst dasjenige von den collidirenden Gerichten den Vorzug vor allen concurrirenden, welches nicht blos präparatorische Schritte für einen künftig einzuleitenden Rechtsstreit gethan, sondern bei dem wirklichen Beginne eines solchen Verfügungen erlassen hat, durch welche es sich als competent für den einzelnen Rechtsstreit gerirte, gleichviel ob dies durch ein Mandat oder eine Citation geschah, ob die Klage abgewiesen oder zu weiterer Verhandlung zugelassen wurde, indem das Eine sowol als das Andere die Competenz des Gerichts voraussetzt. Man verlangt übrigens dergleichen Schritte deshalb, weil nur in diesen nach Analogie der Besitztheorie die Absicht der Besitzergreifung erkenntlich vorliegt, während dieselbe bei allen präparatorischen Schritten fehlt, da diese auch von einem incompetenten Gerichte gültig vorgenommen werden können. — Weil aber die bloße Absicht zu besitzen, der animus possidendi, nicht hinreicht, Besitz zu erlangen, sondern eine Besitzhandlung, ein factum possessorium, hinzukommen muß, so verlangt man ferner zur Prävention, daß ein Beschluß jener Art nicht blos früher abgefaßt sei, sondern daß er auch von Seiten des einen Gerichts früher, als von Seiten des andern ausgeführt, den Parteien legal insinuirt sei. Denn es werden alle richterlichen Verfügungen erst von der Zeit

4) Planck, a. a. O., S. 289 fg., und Bayer, S. 244, datiren die Prävention erst von der Zeit der Mittheilung der Klage an den Beklagten, weil dieser erst dadurch das Recht erhalte, auf Fortsetzung des Rechtsstreits vor dem angerufenen Gerichte zu dringen.

5) L. 128 D. de reg. jur. (50, 17). In pari causa possessor potior haberi debet.

an für die Parteien wirksam, wo sie denselben auf rechtsbeständige Weise bekannt gemacht sind. Möglich ist es indeß, daß sogar die legale Insinuation von Seiten der collidirenden Gerichte gleichzeitig erfolgt; für einen solchen Fall bleibt dann aber keine andere Entscheidungsnorm übrig, als die durch das Loos, wofür auch die Analogie des Römischen Rechts[6]) spricht. Zwar hat man für diesen Fall auch vorgeschlagen, daß sich die collidirenden Gerichte zu einem gemeinschaftlichen oder Gesammtgerichte vereinigen sollten, um den einzelnen Rechtsstreit zu verhandeln und zu entscheiden; allein dies hat das Bedenken, daß eine solche collegialische Behandlung ohne Zustimmung des Staats nicht stattfinden kann und daß, namentlich in der obern Instanz, z. B. bei Appellationen, aus diesem Mangel Schwierigkeiten entstehen würden, die nach gemeinem Rechte nicht genügend entschieden werden könnten, daher ein solcher Ausweg kaum anzurathen ist.

III. Die in der That erfolgte Prävention hat aber für den einzelnen Fall die Wirkung, daß das prävenirende Gericht die ausschließliche[7]) Competenz für die bestimmte einzelne Hauptsache und für diejenigen Nebensachen, welche in einem nothwendigen Zusammenhange mit derselben stehen, erhält, so daß selbst das concurrirende Gericht Requisitionen des prävenirenden befolgen muß. Dagegen erlischt aber das Recht des prävenirenden Gerichts auf fernere Thätigkeit in der vor ihm noch nicht zu Ende geführten, durch Prävention an dasselbe gelangten Rechtssache, wenn entweder beide Theile der von demselben ausgegangenen ersten Verfügung keine Folge leisten, also bei einem terminus circumductus[8]), oder wenn diejenige Partei, welche zur Prävention

6) L. 14 D. de judiciis (5, 1). Sed cum ambo, sorte res discerni solet.

7) Wahlcapitulation, XVI, §. 17: — die am Kaiserl. Kammergerichte aber anhängig gemachten und noch in unerörterten Rechten schwebenden Sachen von da nicht abgefordert, noch an unsern Reichshofrathe gefordert — ingleichen die während der allda rechtshängigen Hauptsache daraus entspringenden Nebenpunkte, welche in jene dergestalt, daß sie ohne deren Entscheidung nicht erörtert werden könnten, einschlagen, bei dem Reichshofrathe nicht angenommen — sondern all widriges als null und unkräftig vom Kammergericht gehalten werden. G. L. Böhmer, Rechtsfälle, III, 589, Note 8.

8) Arg. L. 75, §. 2, D. de judiciis. L. 45 D. de re jud. (42, 1).

Veranlassung gab, sich dennoch in derselben Rechtssache vor einem andern Gerichte einläßt, ohne des durch die Prävention verlangten Rechts als Einrede sich zu bedienen; oder wenn der Einleitungsantrag, sei dies eine Klage oder die von der Rechtfertigung der Appellation getrennte Einführung derselben, nicht durch ein Abschlagsdecret, sondern als inept verworfen wird; oder endlich wenn das prävenirende Gericht durch allgemeine Unfälle, Krieg, Pest u. s. w. außer Thätigkeit gesetzt wird, so daß man bei demselben keinen richterlichen Beistand erlangen kann, mithin Justitium bei ihm eintritt.

§. 62.

III. Rechtsverhältniß der Civilgerichte, A) zu den streitenden Theilen. 1) Allgemeine Rechte und Pflichten beider Arten von Gerichtshauptpersonen.

I. Das Rechtsverhältniß des Civilgerichts [1]) in Rücksicht auf die vor demselben zur Verhandlung kommenden Rechtsstreitigkeiten bezieht sich entweder auf die Parteien, welche im einzelnen Rechtsstreite handelnd auftreten, und deren Vertreter, oder auf andere Gerichte, mögen diese vorgesetzte, gleichstehende oder untergeordnete sein, oder endlich auf beiderlei Subjecte. Die aus diesem Rechtsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten des Civilgerichts sind aber entweder allgemeine der juristischen Person des Gerichts oder der einzelnen Bestandtheile desselben, des Richters, entweder in seiner Stellung als Dirigent des Civilgerichts oder in der als Richter in dem einzelnen ihm zur Entscheidung vorliegenden Rechtsfalle (officium judicis), und des Gerichtsschreibers. — Was nun zunächst die allgemeinen Rechte und Pflichten der **juristischen Person des Gerichts** gegenüber den Parteien betrifft, so hat das Gericht das **Recht**: 1) von den Parteien, wenn es sich auch eine ordnungsmäßige Kritik seiner Verfügungen behufs deren Abänderung gefallen lassen muß, Achtung, und vermöge der Ding-

---

1) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 134 fg. Bayer, Civilproceß, §. 84—91, S. 262 fg.

pflicht, Gehorsam zu verlangen[2]), auch zur Aufrechterhaltung beider die geeigneten Verfügungen, sogar Strafen, nicht blos zu treffen und anzudrohen, sondern auch zu vollziehen. Es genießt sodann 2) für die wirklich von ihm vorgenommenen Schritte öffentlichen Glauben[3]) und die Vermuthung der Legalität[4]), sobald es innerhalb der ihm durch die Staatsverfassung zugewiesenen Grenzen in gesetzlicher Form handelt und überhaupt äußerlich erkennbare Spuren seiner Thätigkeit wahrnehmbar sind. Doch bleibt der Gegenbeweis gegen die Vermuthung nicht ausgeschlossen[5]), und kann man daraus auf das Vorhandensein einer gerichtlichen Thätigkeit nicht schließen, wenn gewisse wahrnehmbare Schritte wol geschehen mußten, davon aber, daß sie geschehen sind, keine Spur vorhanden ist. Endlich hat das Gericht 3) einen Anspruch, von derjenigen Partei, welche eine gerichtliche Handlung veranlaßt, Sportelcredit aber nicht erlangt hat, völlige, bei von Amtswegen erlassenen Verfügungen aber von allen Interessenten dieses Rechtsstreits verhältnißmäßige Entrichtung der Gerichtssporteln[6]) sogleich zu fordern.

II. In Hinsicht der den Gerichten schuldigen Achtung und des Gehorsams der Parteien ist eine sehr gewöhnlich angenommene Meinung, daß jedes Civilgericht befugt sei, Injurien, welche bei Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits ihm selbst oder seinen Mitgliedern in Bezug auf die Amtsverrichtungen zugefügt werden, selbst[7]) zu bestrafen, ohne dabei in Rücksicht der zu erken-

---

2) L. 8 D. de appell. (49, 1). Cap. 11 X. de poenis (5, 37). Jüngster Reichsabschied, §. 165. Bayer, a. a. O., §. 84. — Unter Syndiciren ist eine Kritik, welche nicht den Zweck hat, eine Abänderung der gerichtlichen Verfügung zu erlangen und zugleich die Grenzen der schuldigen Achtung überschreitet, zu verstehen. Claproth, Ordentl. Proceß, I, §. 74, S. 296.

3) Cap. 7, 11, i. f. X. de prob. (2, 19). Cap. 11 i. f. X. de praesumpt. (2, 23). Cap. 6 X. de renunc. (1, 9). L. 6 C. de re judic. (7, 52). Glück, Commentar, VI, 453 fg.

4) Cap. 23 X. de elect. (1, 6). Cap. 6 X. de renunc. Cap. 16 i. f. X. de sent. et re jud. (2, 27).

5) Cap. 10 X. de fide instr. (2, 22). Geiger und Glück, Rechtsfragen, I, Nr. 11. Lotz, Civilistische Abhandlungen, Nr. 3.

6) Siehe §. 10, II—VI. Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 13, §. 7. Cap. 28 pr. X. de offic. et potest. jud. del. (1, 29). L. 5, §. 1, D. de offic. ejus cui mand. (1, 28).

7) Cap. 11 X. de poen. (5, 37). Cap. 1 de poen. in VI^{to} (5, 9). Reichs-

nenden Strafe irgend welchen Unterschied festzustellen. Man beruft sich für diese Ansicht, aber mit Unrecht, auf das Kanonische Recht. Denn dieses enthält ebenso wenig derartige Bestimmungen, als sonst im gemeinen Rechte deren sich finden; es beruht vielmehr diese Ansicht auf einer Verwechselung der Gerichtspolizei mit dem eigentlichen Strafamte bei wahrhaften, öffentlich strafbaren Beleidigungen[8]). Nur folgende Grundsätze lassen sich daher hierüber aufstellen. — Keinem Civilgerichte ist die Befugniß abzusprechen, darüber zu wachen, daß die vor demselben Recht suchenden Parteien und sonstigen Nebenpersonen im Proceß ein gehöriges Betragen, welches zur Aufrechterhaltung guter Ordnung nothwendig ist, beobachten, die Ausübung der Rechtspflege nicht stören und diejenige Achtung nicht aus den Augen verlieren, welche sie dem Gerichte, als juristischer Person, schuldig sind. Hierin besteht die sogenannte Gerichtspolizei oder Gerichtsdisciplin, welche durch die Reichspolizeiordnung von 1577 den Gerichten übertragen worden ist, und vermöge deren Strafen wol erkannt werden können, nur keine härtern als sogenannte Polizeistrafen, welche sich wesentlich von den peinlichen unterscheiden. Anders verhält es sich mit den Ehrenkränkungen, welche nur einzelnen Mitgliedern des Gerichts von denjenigen Personen zugefügt werden, welche daselbst Recht suchen oder zu den Nebenpersonen gehören. Gehen dergleichen aus den Civilproceßacten selbst nicht hervor, sind sie also weder bei Gelegenheit einer gerichtlichen Verhandlung so vorgekommen, daß sie ins Protokoll aufgenommen, noch in den Parteivorträgen ausgestoßen wurden, sondern völlig außergerichtlich erfolgten, dann muß der Weg des Injurienprocesses betreten, oder das Inquisitionsverfahren besonders bei Injurien, welche die Amtsehre des Betheiligten betreffen, eingeleitet werden. Dergleichen Verhandlungen können dann von der verletzten Amtsperson weder geleitet noch durch einen Straferkenntniß erledigt werden. Sobald dagegen dergleichen Belei-

---

polizeiordnung von 1577, Tit. 33. v. Bülow und Hagemann, Erörter., II, Erört. 21. Gönner, Rechtsfälle, I, Nr. 16. Gans, Von dem Amte des Fürsprechers, S. 128.

8) Mevius, Decisiones, dec. 108, 112. Weber, Ueber Injurien, III, §. 21, S. 197 fg., 223 fg. Martin, Lehrbuch des Criminalrechts, §. 216. Tittmann, Strafrechtswissenschaft, Ausg. 2, §. 358 fg.

digungen in den Civilproceßacten auf die eine oder andere Weise vorkommen, ist das Verbot, daß Niemand Richter in eigener Sache sein dürfe, vor allen Dingen zu beobachten. Hieraus ergibt sich aber, daß nur dann das Civilgericht dergleichen Injurien selbst bestrafen darf, wenn die beleidigte Gerichtsperson an der Fassung des Straferkenntnisses keinen Theil hat, weil sie entweder zu den Subalternen gehört, oder sich ihres Votums in diesem Falle ganz enthält, das Gericht aber, selbst unter dieser Voraussetzung, noch mit der hinreichenden Anzahl Votanten besetzt bleibt, um die Strafe zu beschließen. Deshalb haben Einzelrichter, wenn sie beleidigt werden, nur das Recht der ihnen vorgesetzten Oberbehörde den Vorfall berichtlich anzuzeigen und dieser die Bestrafung solcher Beleidigungen zu überlassen. Der zu Bestrafende muß sodann aber ordentlich über das ihm zur Last gelegte Verbrechen sowie mit seiner Vertheidigung gehört sein, namentlich also, wenn die Beleidigung schriftlich ausgestoßen wurde, sich zu der Schrift, als von ihm entworfen oder doch wenigstens zu seiner Unterschrift unter derselben bekannt haben. Endlich darf die zu erkennende Strafe die Grenzen der Jurisdiction, welche dem strafenden Gerichte vorgezeichnet sind, nicht überschreiten.

III. Dagegen sind die Gerichte den Parteien gegenüber verpflichtet: 1) dieselben mit ihren Anträgen, mögen solche auch dem Inhalte nach unstatthaft erscheinen, jedenfalls zu hören (§. 17, S. 139 fg.), so daß es unzulässig ist, eine Partei ohne Erörterung ihres Anbringens bei Strafe zur Ruhe zu verweisen; sodann dafür zu sorgen, 2) daß über die Verhandlungen vollständige Acten [9]) geführt werden, und 3) daß die Rechtspflege nicht verzögert werde [10]). Im Römischen Rechte ist deshalb verordnet, daß kein Rechtsstreit, er möge betreffen was er wolle, über drei Jahre, von der Litiscontestation angerechnet, dauere, im Deutschen gemeinen Rechte aber zum Schutze gegen derartige Verschleifungen eine an das Reichskammergericht, jetzt den Bundestag, in

9) S. §. 18, 104. Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 13, §. 5, 7, 8, 10, 11.

10) L. 3, §. 1, C. de judic. (3,1). Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 26. Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 33. Reichsdeputationsabschied, §. 27. Siehe Comp., §. 309. Bayer, a. a. O., §. 91, S. 281 fg. Wiener Schlußacte, Art. 29. Mohl, Oeffentl. Rechtspflege des Deutschen Bundes, §. 15, S. 161 fg. Pfeifer, Prakt. Ausführungen, II, 220, 228, 251.

letzter Instanz zu richtende Beschwerde über Justizverzögerung eingeführt, welche zu Zeiten des Reichs den Erfolg hatte, daß, wenn den auf solche Beschwerde erlassenen Verfügungen innerhalb der bestimmten Zeit durch Gebührverfügung Seiten des zögernden Gerichts nicht nachgekommen wurde, die Sache an das Reichskammergericht zur Fortsetzung erwuchs. Es ist daher auch die Pflicht des Gerichts nicht allein die Parteien innerhalb zu bestimmender Fristen zur Thätigkeit anzuhalten, sondern auch, wenn die Verhandlungen der Parteien geschlossen sind, selbst die Sache wieder anzuregen[11]). 4) Ferner ist das Gericht verpflichtet, die Rechtspflege unparteiisch auszuüben[12]); endlich aber 5) sowol in Bezug auf die Verhandlung des Rechtsstreits als auf die dadurch bekannt gewordenen Privatverhältnisse die gebührende Verschwiegenheit[13]) zu beobachten.

§. 63.

2) Besondere Rechte und Pflichten a) des Richters[1])
α) ohne Rücksicht auf Collegialverbindung.

I. Das Römische Recht[2]) und nach ihm die Juristen des Mittelalters bezeichnen durch den Ausdruck „officium judicis"

11) Siehe §. 16, V., §. 1, III.; §. 63, III. fg. Claproth, Einleitung in den ord. Proceß, II, §. 211, 286.

12) L. 13, §. 8, C. de judiciis., Can. 1, caus. 3, qu. 7. Reichskammergerichtsordn., Th. 1, Tit. 13, §. 2. Wahlcapit., Art. 16, 1. Jüngster Reichsabschied, §. 163. Vergl. §. 33, §. 43, II. fg.; §. 59, I. — Der Unterrichter kann sein Endurtheil als Advocat einer Partei in oberer Instanz vertheidigen nach v. Bülow u. Hagemann, IV, Erört., 51. — Der Richter soll einer Partei, welche gegen einen mächtigen Gegner keinen Anwalt finden kann, einen solchen zuordnen, L. 9, §. 5, D. de offic. procons. (I, 16), und nicht gestatten, daß eine Partei alle Anwälte annehme. L. 7 C. de postul. (2, 6). Ueber die Syndicatsklage s. Bayer, a. a. O., §. 90, S. 275 fg.

13) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 13, §. 15; Tit. 28, §. 3. Visitationsabschied von 1713, §. 88 fg. — Ueber Oeffentlichkeit der gerichtl. Verhandlungen Crome u. Jaup, Germanien, II, 3, S. 434 fg. v. Feuerbach, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege, I, 103 fg.

1) Sintenis, Erläut., II, 365. Seuffert, Handbuch des Civilprocesses, I, 299 fg. Bayer, Civilproceß, §. 85, S. 264 fg.

2) Tit. J. de officio judic. (4, 17). — Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 57.

den Inbegriff der richterlichen Befugnisse und Obliegenheiten, welche im Civilproceß dem eigentlichen Richter — mag derselbe durch eine Mehrzahl physischer Personen, ein Collegium, oder durch eine physische Person, einen Einzelrichter, als Dirigenten der gesammten Thätigkeit des Civilgerichts, repräsentirt werden — abgesondert von den Subalternen zustehen, ohne dabei auf die Bedeutung des judex im strengern Sinne, des judex pedaneus, irgendwie Rücksicht zu nehmen, da dieser zu Justinian's Zeit bereits nicht mehr existirte[3]). Uebrigens verstand man unter jenem Begriffe weniger die allgemeine Leitung der Geschäfte und die Aufsicht, welche jedem Richter auf den ganzen Umfang der Amtsgeschäfte und auf die Verrichtungen der Gerichtssubalternen aus dem Grunde obliegt, weil er nicht alle dem Gerichte obliegende Geschäfte selbst besorgen kann, gleichwol für die Thätigkeit der Subalternen, sobald er es an der erforderlichen Aufsicht mangeln ließ, gewissermaßen selbst verantwortlich ist, als vielmehr den Inbegriff derjenigen Befugnisse und Pflichten, welche dem Richter bei der Instruction, Entscheidung und Hülfsvollstreckung im einzelnen Falle obliegen. — Heutzutage dagegen sind jene erstern Rechte und Pflichten ein sehr wesentlicher Bestandtheil des officium judicis und bei der vielseitigen Thätigkeit der Gerichte, um der guten Ordnung willen, von erheblicher Wichtigkeit. Es gehören aber zu der allgemeinen Geschäftsleitung und Aufsicht 1) die Führung chronologischer Verzeichnisse über alle beim Gerichte einlaufende schriftliche Aufsätze, des sogenannten Productenbuchs, der Registrande; 2) die gehörige Einrichtung und Erhaltung des Actenarchivs, in welchem auch die einzelnen Gesetze, die erscheinen, gesammelt werden müssen; 3) das Depositenwesen des Gerichts und 4) die Sportelangelegenheiten. Das gemeine Recht[4]) enthält aber über alle diese Gegenstände wenige specielle Vorschriften, wenn schon das Reichskammergericht in allen diesen Beziehungen bestimmte Grundsätze befolgte. Es müssen daher diese nöthigenfalls zu analoger Anwendung da kommen, wo die Landesgesetze genauere Vorschriften nicht enthalten.

---

3) Pr. J. de success. sublat. (3, 13). §. 8 J. de interd. (4, 16). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 1, §. 13, S. 151.

4) Jüngster Reichsabschied, §. 94. Reichshofrathsordnung, II, Tit. 3, §. 16.

II. Was nun aber die engere, den ältern Rechtslehrern vorzüglich übliche Bedeutung des „officium judicis" als Inbegriff der Obliegenheiten eines Richters bei der Leitung und Entscheidung eines einzelnen Rechtsstreits betrifft, so unterscheiden die ältern Rechtsgelehrten[5]) wieder das officium nobile s. suppletorium, das mildrichterliche Amt, welches dem Richter die Befugniß gibt, auch unerbetene Verfügungen zu erlassen und wol gar Mängel in den Parteivorträgen zu verbessern, von dem officium mercenarium, dem strengen oder beschränkten Richteramte, vermöge dessen der Civilrichter, welcher an die Verhandlungsmaxime gebunden ist, nichts ohne die Anträge der Parteien verfügen kann und auch bei seinen Verfügungen auf das beschränkt ist, worauf die Bitte gerichtet wurde. Wegen dieses Unterschiedes im Richteramte erfanden die Praktiker der ältern Zeit eine eigene Clausel, welche sie ihren Vorträgen stets anhängten und wodurch sie das officium mercenarium in das nobile verwandeln wollten. Diese Clausel[6]) lautete: „Desuper officium nobile judicis humillime implorando", und wurde gewöhnlich clausula salutaris genannt. Ueber die Wirkung einer solchen Clausel hat man viel gestritten, und selbst die Reichsgesetze haben in dieser Beziehung mehrfach geschwankt, zuletzt aber festgesetzt, daß die richterlichen Amtsbefugnisse und Pflichten durch diese Clausel gar nicht geändert werden sollten[7]). Es kommt daher Alles darauf an, wieweit das nach gemeinem Rechte geltende Verhandlungsprincip dem Gerichte die Befugniß gibt, selbständig bei Parteivorträgen

---

5) Vultejus, De judiciis, p. 278 sq., no. 425 sq. L. 40 pr. D. de judic. (5, 1). Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati. Die Veranlassung zu diesem Unterschiede gab die Glosse zu L. 4 C. depositi (4, 34). Estor, Proceß, §. 24.

6) Vergl. Comp., §. 99, Note i. Sie findet sich schon bei Termineus (d. a. 1565), Processus juris, p. 63. Perneder, Gerichtl. Proceß, Ausgabe von 1544, I, 58. Glück, Commentar, III, §. 283.

7) Gebilligt wurde sie vom Reichsabschied von 1551, §. 32; aufgehoben durch den Reichsabschied von 1557, §. 33 a. E.: So setzen und ordnen Wir, daß diese Clausel in den Supplicationen nicht statt haben, sondern Cammer-Richter u. s. w. vermög und Inhalt der Ordnung und der gemeinen Rechte, auch nach Herkommen und Gebrauch des Gerichts sich in solchen gebührlich erzeigen sollen. Vergl. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 30.

zu verfahren und deren etwaige Fehler, ohne Rücksicht auf jene Clausel, zu verbessern. Hierüber ist bereits oben (§. 16, III.) gehandelt worden und läßt sich als Grundprincip dafür wol das aufstellen: das officium nobile in diesem Sinne beschränkt sich auf den Obersatz und die Conclusion jedes richterlichen Syllogismus; hinsichtlich der vorgebrachten Thatsachen kann dagegen nur von dem officium mercenarium die Rede sein. Auch läßt sich nicht, wie oft geschieht, behaupten, daß es Ausnahmen[8]) von dem Verhandlungsprincipe gebe, vermöge deren der Richter bei gewissen Classen von Sachen oder Personen mehr zu thun befugt wäre, als bei den übrigen. Denn was in Ansehung der geistlichen Rechtsstreitigkeiten, der Brautschatzsachen, der Alimentenforderungen u. s. w., sowie in Ansehung der Processe der Pupillen, der milden Stiftungen, der mitleidswerthen Personen und der Landleute in dieser Richtung Eigenthümliches behauptet wird, besteht in keiner allgemeinen Veränderung des Richteramtes, sondern nur in einzelnen Sätzen, welche bei der Entscheidung solcher Fälle zur Anwendung kommen, z. B. der Vorzug der Dos, oder zeigt nur, daß in gewissen Fällen die Römer beim Mangel einer förmlichen Klage eine Imploration des Richteramts, welche dem strengen Civilrecht unbekannt war, zuließen, oder führt endlich darauf zurück, daß in Deutschland der Richter zugleich andere Functionen, z. B. die eines Obervormunds zu besorgen hat und in einer dieser Eigenschaften Manches bei einem Rechtsstreite solcher Personen veranstaltet, was er in der Eigenschaft als Civilrichter zu thun nicht berechtigt wäre, z. B. daß er dem Pupillen einen Curator für den Rechtsstreit bestellt, wenn er die Nachlässigkeit des Vormundes bemerkt. Nur muß selbst in diesen Fällen der Civilrichter nicht vergessen, diejenigen Grenzen zu beobachten, welche bei Ausübung der einen Functionen ihn in den Stand setzen auch die zweiten zu erfüllen (§. 20, VIII.).

III. Bleibt man daher im Allgemeinen für alle bürgerliche Rechtsstreitigkeiten bei der Geltung des Verhandlungsprincips stehen, so ist doch rücksichtlich der Anwendung desselben im Ein-

8) Gönner, a. a. O., I, 10. W. H. Puchta, Grenzen des Richteramts, 1819. Desselben, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 136—145. Rost, Grundlage einer vernünft. Gesetzgebung im Civilproceß, §. 6—26.

zelnen zu bemerken, daß allerdings bei einem bürgerlichen Rechtsstreite auch der eigentliche Richter gewisse Handlungen vorzunehmen hat, welche nicht nach den Grundsätzen eines Syllogismus beurtheilt werden können, z. B. Ocularinspectionen, Eidesabnahmen, daß aber dies nur sehr seltene Ausnahmen sind, welche ihre eigenthümlichen Regeln haben, von denen im speciellen Theile zu handeln ist, dagegen die Mehrheit der richterlichen Geschäfte in der Fassung von Beschlüssen, wenn schon von sehr verschiedener Gattung, besteht. Den wichtigsten und Hauptbeschluß in jedem Rechtsstreite bildet zwar der Ausspruch des Richters, wodurch er im Namen des Staats erklärt, ob und wieweit das streitige Rechtsverhältniß den Rechtsnormen gemäß zwischen den Parteien im einzelnen Falle existirt, und welche Folgen daraus für die Rechte und Pflichten der Streittheile entstehen, also das Endurtheil, welches daher auch im Römischen Rechte allein als sententia[9]) bezeichnet wird. Allein ein solcher richterlicher Ausspruch kann ohne gehörige Vorbereitung nicht erfolgen, er ist vielmehr nur das Resultat des beendigten Rechtsstreits. Zu den vorbereitenden Schritten gehören aber nicht nur Vorträge und Handlungen der Parteien selbst, — von denen die erstern die Thatsachen und Beweise enthalten, auf welche bei der Entscheidung des Rechtsfalles nach der Absicht der Parteien Rücksicht genommen werden soll, sowie die rechtlichen Gesichtspunkte entwickeln, wonach dieselben den einzelnen Streitfall behandelt wissen wollen, z. B. ob ein streitiger letzter Wille als Testament oder Codicill betrachtet werden solle, und endlich alle Anträge der Interessenten zur Kenntniß des Gerichts bringen, die letztern in eigener Thätigkeit der Parteien bestehen, z. B. bei Eidesleistungen, Vorlegung von Urkunden u. s. w.; — sondern auch gerichtliche Handlungen, welche mit dieser Thätigkeit der Parteien in Verbindung stehen und durch welche jene Vorträge und Handlungen der Parteien entweder die nöthige gerichtliche Form erhalten, z. B. durch Aufnahme eines

---

9) L. 19, §. 1, D. de receptis, qui arbitr. recep. (4, 8). Dicere autem sententiam existimavimus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia.

Protokolls darüber, oder auf gehörige Weise actenmäßig gemacht werden. Man muß daher von jenen Hauptbeschlüssen diese vorbereitenden gerichtlichen Handlungen unterscheiden. Denn wenn auch dergleichen vorbereitende gerichtliche Handlungen meistens von den Gerichtssubalternen, insbesondere dem Actuar, besorgt werden, so können doch die Subalternen nicht ohne Anweisung des Richters handeln, da sie von dessen Direction abhängen und der eigentliche Richter auch bei ihren Handlungen als theilnehmend insofern zu betrachten ist, als er das Ganze der Behandlung eines Rechtsstreits durch seine Beschlüsse leitet. Es unterscheiden sich aber dergleichen gerichtliche Schritte, welche im Römischen Rechte interlocutiones, heutigen Tages aber Resolutionen oder proceßleitende Decrete genannt werden, von den Endurtheilen, Bescheiden, wesentlich dadurch, daß sie der Rechtskraft nicht fähig sind, sondern nach Befinden vom Gerichte zurückgenommen werden können[10]). Bei der ganzen Proceßleitung hat aber das Gericht theils darauf zu achten, daß die gesetzliche Form beobachtet und die erforderliche Gelegenheit gegeben wird zu einem gemeinschaftlichen Zusammenwirken der Parteien und des Gerichts, was z. B. durch Anberaumung von Terminen geschieht, theils zu verhindern, daß die Parteien auf Abwege gerathen, oder daß eine nur ungenügende Vorbereitung des Endurtheils erfolgt, zu welchem Ende bald Präclusionen zulässiger Schritte, bald Beweisauflagen angewendet werden, theils darauf zu sehen, daß der Gang des Rechtsstreits keine widerrechtlichen Verzögerungen erleide. Bei dieser Instruction des Processes kommen außerdem sehr häufig noch Incidentfragen dadurch zur Sprache, daß die Parteien wegen irgend einer processualischen Obliegenheit sich nicht vereinigen können; über diese ist dann vom Gerichte ebenso zu entscheiden, wie über die Hauptsache selbst. Man unterscheidet daher wieder zwei Arten der Interlocutionen, die reinen und die gemischten (merae et mixtae) und versteht unter den letztern diejenigen richterlichen Verfügungen, durch welche eine Incidentfrage ebenso entschieden wird, wie die Hauptsache durch

10) L. 14 D. de re judicata (42, 1). Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra. L. 9 i. f. C. de sentent. et interlocut. (7, 45). Cap. 60 X. de appellat. (2, 28).

das Endurtheil, was zur Folge hat, daß diese gemischten Interlocutionen ebenso der Rechtskraft fähig sind, wie das Enderkenntniß. — Beiderlei Gattungen von Zwischenbescheiden kommen aber nach der jetzigen Proceßgesetzgebung auch noch nach gefälltem Endurtheile, sogar in der Executionsinstanz vor, indem diese durch reine Zwischenbescheide so geleitet wird, daß die recht- und zweckmäßige Art der Hülfsvollstreckung dadurch bestimmt wird, etwa vorkommende Incidentfragen aber gleichsfalls durch gemischte Zwischenbescheide entschieden werden. Aus dem Allen ergibt sich aber, daß das officium judicis in allen Rechtsstreitigkeiten vorzüglich in zwei Gattungen von Beschlüssen sich äußert, den proceßleitenden und den entscheidenden, mögen die letztern die Hauptsache oder einen Incidentstreitpunkt betreffen.

IV. Was nun im Allgemeinen die Art der Fassung dieser Beschlüsse betrifft, so sind dabei im Wesentlichen die Regeln zu beobachten, welche oben bereits dafür gegeben worden sind (§. 16, VIII., IX.), daß sie nämlich eine logische Schlußfolgerung aus der richtigen Subsumtion des einzelnen Falls oder Proceßschritts unter die richtige Rechtsnorm enthalten müssen. Es muß daher der Richter bei jedem richterlichen Beschlusse 1) den richtigen Obersatz suchen, welcher auf den einzelnen in Frage stehenden Fall paßt. Nach dem Inhalte dieses hat sich aber das Gericht dergestalt zu richten, daß es während der Dauer eines Rechtsstreits nicht etwa erst authentische Interpretationen desselben suchen darf, vielmehr für die einzelne anhängige Rechtssache nur nach den Regeln der Interpretation sich selbst vom Inhalte des Gesetzes eine richtige Vorstellung machen muß[11]). Hierbei ist nun in der neuesten Zeit die erhebliche Streitfrage[12]) entstanden, ob das Gericht berechtigt sei, über die Gültigkeit und den Rechtsbestand eines Gesetzes, welches es seinen Beschlüssen im einzelnen Falle

11) Nov. 125, cap. 1. L. 19 pr., §. 1, D. de receptis (4, 8). v. Grolman und Löhr, Magazin, III, 207 fg. Anderer Meinung ist Bergmann, Verbot der rückwirk. Kraft, S. 61, 202.

12) G. A. Martin, Jahrbücher für Rechtspflege und Gesetzgebung in Sachsen, III, 264. Zachariä, Archiv für civilistische Praxis, XVI, Abh. 6; C. G. v. Wächter, daselbst, XXIV, 238 fg. Seuffert, Archiv, IV, Nr. 250; V, Nr. 225. Puchta, Vorlesungen über Röm. Recht, I, 33 fg. Dagegen Linde, im Archiv für civil. Praxis, XVI, Abh. 13.

zu Grunde zu legen hat, in Bezug auf diesen Fall zu urtheilen. Niemand zweifelt daran, daß in Ansehung eines Gewohnheitsrechts, wonach der einzelne Fall zu entscheiden ist und welches doch nur eine Unterart der Gesetze bildet, der Richter berechtigt ist, über die Gültigkeit desselben, als über eine Vorfrage der Entscheidung in der Hauptsache, uneingeschränkt zu urtheilen, und daß ihm eine gleiche Entscheidung dann zusteht, wenn der einzelne Fall aus einem Privilegium zu beurtheilen wäre, die Gültigkeit desselben aber von den Parteien oder einer derselben bezweifelt würde. Sobald dagegen ein eigentliches Gesetz, d. h. eine von der höchsten Regierungsgewalt ausdrücklich erlassene Rechtsnorm, welche auf legale Weise bekannt gemacht ist, den Obersatz der Entscheidung bildet, dann wird häufig behauptet, daß die bloße legale Bekanntmachung genüge und jede richterliche Prüfung über die gültige Abfassung des Gesetzes selbst in Bezug auf die Entscheidung des einzelnen Falls wegfallen müsse. Allein die legale Bekanntmachung eines Gesetzes ist nur ein Erforderniß zu dessen Gültigkeit, dem ein anderes, die gültige Abfassung, schon vorangegangen sein muß. Die legale Bekanntmachung ist zwar nöthig zur Anwendung des Gesetzes auf die Unterthanen, allein sie setzt die gültige Abfassung voraus und kann ohne diese einer Rechtsnorm gesetzliche Kraft nicht verleihen. Nun mag allerdings in absoluten Monarchien, in welchen jeder als Gesetz bekannt gemachter Wille des Regenten ohne weitere Erfordernisse verbindende Kraft hat, die in der bestimmt vorgeschriebenen Form erfolgte Publication eines Gesetzes allen Zweifel darüber, daß hier eine Verbindlichkeit zu gehorchen begründet sei, heben. Allein in solchen Ländern, wo zur Gültigkeit eines Gesetzes die Zustimmung der Landstände nöthig ist, folgt deren Vorhandensein nicht aus der Publication an sich, im Gegentheile ist es in solchen Ländern herkömmlich dem zu publicirenden Gesetze die ausdrückliche Clausel beizufügen, daß es mit Zustimmung der Landstände erlassen sei. Fehlt aber in solchen Ländern die gesetzlich festgesetzte oder durch Herkommen begründete Formel einer als Gesetz publicirten Anordnung, so hat das Gericht die Befugniß den Rechtsbestand eines solchen Gesetzes, wenn es sich um dessen Anwendung auf den einzelnen Fall handelt, zu bezweifeln, weil an der Form des Gesetzes eine wesentliche Voraussetzung fehlt. Kann aber

solchen Falls nicht nachgewiesen werden, daß die Zustimmung der Stände erfolgt, und nur durch einen Fehler der Abfassung diese ausdrücklich zu erwähnen vergessen ist, dann würde das Gericht verpflichtet sein, einem solchen Gesetze die Anwendung im Kreise seiner Amtsthätigkeit darum zu versagen, weil die Richter selbst darauf verpflichtet sind, die Landesverfassung möglichst aufrecht zu erhalten, mithin das Recht haben müssen, die dazu nöthige Prüfung der Gesetze vorzunehmen, um sich nicht der Theilnahme an einem Eingriffe in die Staatsverfassung, welcher zwar von andern Personen begangen worden, aber auch an ihnen strafbar sein würde, da sie nicht zum blinden Gehorsam, sondern zur gehörigen Prüfung des anzuwendenden Gesetzes verpflichtet sind, schuldig zu machen, und wegen des eigenen Verschuldens strafbar zu werden. Gesetzt aber auch die nur erwähnte Formel wäre nicht Herkommen, so müßte schon die Behauptung einer Partei, daß jenes Essentiale der Gültigkeit fehle, genügen, um darüber als etwas Relevantes Beweis aufzuerlegen, da kein Grund vorhanden ist, solchen zu versagen, auch der Partei für eine solche Rüge die Legitimation zur Sache keineswegs fehlt, weil sooft Befugnisse oder Obliegenheiten einzelner Staatsglieder von dem Rechtsbestande, der Gültigkeit, eines Gesetzes abhängen, dieser Rechtsbestand den Obersatz des Syllogismus bildet, welcher die Grundlage des richterlichen Urtheils abgibt, dessen Richtigkeit darzuthun die Partei, welche sich darauf stützt, ebenso berechtigt als verpflichtet (der Gegner mithin zu widerlegen auch befugt) ist. Von der Gültigkeit eines solchen streitigen (bestrittenen) Gesetzes für das ganze Land ist ja in dem Rechtsstreite der einzelnen Parteien auch gar nicht die Frage. Letztere mögen nur die Landstände zu verfolgen haben. — Sind dagegen die in der Landesverfassung zur Gültigkeit eines Gesetzes vorgeschriebenen Erfordernisse erfüllt, dann steht dem Richter begreiflicherweise keinerlei Cognition über die Bestimmungen des Gesetzes selbst zu[13]. 2) Der Untersatz des richterlichen Syllogismus kann nur in

13) Von der Insinuation der Reichsgesetze an das Reichskammergericht: Tafinger, Institut. jurispr. cam., tom. I, §. 341, not. f—y, p. 619 sq. Leist, Staatsrecht (Ausg. 2), S. 334, Note 11. Häberlin, Staatsrecht, II, 163.

actenmäßigen Thatsachen bestehen, d. h. in solchen, welche entweder von den Parteien in den Acten behauptet und erwiesen sind, oder durch Handlungen des Gerichts Theil derselben geworden sind, z. B. Protokolle über Augenscheinseinnahmen, Registraturen über Relationen der Boten in Betreff geschehener Behändigungen. — In dieser Beziehung ereignet es sich nicht selten, daß das Gericht aus seinem Archive ältere Acten kennen lernt, welche denselben Streitgegenstand, der in dem einzelnen Rechtsstreite verhandelt wird, betreffen, auf welche sich gleichwol keine der streitenden Parteien bezogen hat. Hier entsteht die Frage, ob der Richter von Amtswegen den Inhalt solcher Acten berücksichtigen, also die alten mit den neuen Acten verbinden müsse; weshalb man derartige Acten acta adjuncta zu nennen pflegt. Man kann aber die Befugniß des Gerichts, solche Acten zu dem in Verhandlung begriffenen Rechtsstreite herbeizuziehen, sobald materielle Connexität vorliegt, mit Grund nicht bezweifeln. Denn, da nach Römischem Rechte[14]) jedes Erkenntniß, welches einem frühern rechtskräftigen desselben Gerichts über denselben Streitgegenstand zuwiderläuft, nichtig, das Gericht aber Nichtigkeiten, soviel als möglich, zu vermeiden verpflichtet ist, so sind dergleichen ältere Acten um so mehr zu berücksichtigen, als die juristische Person des Gerichts als unverändert fortdauernd zu betrachten und die Officialkenntniß seiner Glieder, welche aus den Acten hervorgeht, davon nicht abhängig ist, ob sich die Parteien darauf berufen oder nicht, sondern lediglich von dem Dasein rechtlicher Quellen der Kenntniß, welche in den Gerichtsacten stets enthalten sind. Auch kann eine solche Adjunction den Parteien um so weniger nachtheilig sein, als es an einer Controle hinsichtlich der benutzten Thatsachen nicht fehlt, indem sie aus ältern Acten hervorgehen, was namentlich nicht der Fall wäre, wollte man den Mitgliedern des Gerichts erlauben, ihre Privatkenntnisse zu benutzen. Will aber das Gericht eine solche Adjunction älterer Acten vornehmen[15]), dann

14) L. 1 C. quando provocare non (7, 64). L. 1, 3, C. sentent. rescindi (7, 50). L. 6 C. de execut. rei jud. (7, 53). Cap. 20 X. de sentent. (2, 27). Klüpfel, Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, S. 139—142, 172 fg.

15) L. 45, §. 8, D. de jure fisci (49, 14). v. Bülow u. Hagemann, Erörter., VII, Erört. 85. Puchta, Das proceßleit. Amt, S. 104.

muß es den Parteien davon Kenntniß geben und ihnen eine peremtorische Frist setzen, um die ältern Acten einzusehen, auch sich darüber zu erklären, ob und was sie gegen die Adjunction zu erinnern, oder gegen den Inhalt der ältern Acten vorzutragen haben. Entsteht dann ein Streit über die Zulässigkeit der Adjunction, so ist dieser als ein präjudicieller Incidentpunkt in einem besondern oder im nächsten Erkenntnisse zu entscheiden. 3) Was endlich die Conclusion anlangt, welche jeder aus den actlichen Prämissen gezogene richterliche Beschluß enthalten muß, so ist dabei im Allgemeinen nur zu bemerken, daß die gewöhnliche Behauptung, es könne nie über die Klagbitte hinaus erkannt werden, nicht unbedingte Geltung hat. Denn nach gemeinem Rechte [16]) soll der Richter, soweit die gehörigen Prämissen in den Acten begründet sind und ein zulässiger, auch gültiger Verzicht deutlich aus den Acten nicht hervorgeht, sowol das in der Hauptsache nicht Gebetene, als diejenigen Nebenforderungen, welche durch eine besondere Klage nicht verfolgt werden können, wären sie auch nicht gebeten, zusprechen, was durch die über das officium judicis suppletorium geltenden Grundsätze sich rechtfertigt (oben II.).

V. Mit diesen allgemeinen Sätzen über richterliche Decretirkunst müssen noch besondere, welche auf die Hauptabschnitte jedes einzelnen Rechtsstreits sich beziehen, verbunden werden. 1) Im vorbereitenden oder Instructionsabschnitte des Processes treten die speciellen Zwecke für das Richteramt besonders hervor und müssen bei jedem Interlocute, dem reinen wie dem gemischten, im Auge behalten werden, daß nämlich A) der einzelne Rechtsstreit so gründlich als möglich erörtert und zum Endurtheile vorbereitet; B) alles Unnöthige, die Sache Verzögernde, noch mehr aber alles Unzulässige, vermieden und hierdurch eine schnelle Rechtspflege befördert; C) bei jedem einzelnen Schritte dieses vorbereitenden Theils dessen Zusammenhang mit dem Ganzen und

16) §. 34 J. de act. (4, 6). Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei X. deberentur, V sibi dari oportere intenderit, aut si cum totus fundus ei esset, partem dimidiam suam esse petierit: sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat ex const. div. mem. Zenonis. Tit. tot. C. ut quae desunt adv. (2, 11).

insbesondere dessen vorbereitende Eigenschaft für das Endurtheil genügend erwogen werde. Mit Rücksicht auf diese Gesichtspunkte ist es daher Pflicht des proceßleitenden Richters, a) nichts zur gerichtlichen Verhandlung zuzulassen, was offenbar rechtswidrig ist, oder nur zu vergeblichen, unnützen Erörterungen die Veranlassung geben würde. Dergleichen völlig untaugliche Parteianträge müssen sogleich, wenn sie vorkommen, zurückgewiesen und solche Fehler, auch ohne Rüge der Gegenpartei, nicht erst am Schlusse eines Abschnitts, sondern bei ihrer Entstehung beseitigt werden, ehe durch sie Zeit- und Kostenverlust verursacht wird. Das Gericht muß daher jeden Parteivortrag einer strengen und genauen Prüfung unterwerfen, ehe daraufhin weitere Verhandlungen eingeleitet werden. Finden sich Formfehler daran, wie z. B. Versäumnisse der Fatalien, dann ist der Antrag sofort als unzulässig zu verwerfen. Sollte aber in formaler Beziehung etwas nicht zu erinnern sein, dann hat sich die Prüfung auf das Materielle des Parteivortrags zu erstrecken, und zwar nicht sowol in Ansehung dessen, was überflüssigerweise darin vorkommt, oder was nur Wiederholungen des bereits Gesagten enthält — denn dergleichen kommt erst bei dem künftigen Erkenntnisse zur Sprache und veranlaßt höchstens eine Rüge gegen den Anwalt, indem ihm die Deserviten für solche Vorträge abgestrichen werden, ohne daß die Hauptsache dadurch aufgehalten wird —, als vielmehr, ob Alles, was zur Vollständigkeit eines solchen Vortrags gehört, mit der erforderlichen Deutlichkeit darin entwickelt ist. Denn in dieser Beziehung kommt es besonders darauf an, daß durch die einzelnen Vorträge die zwischen den Parteien obwaltende Streitfrage genügend festgestellt werde, was von der einen Seite eine erschöpfende Darstellung der Behauptungen, von der andern eine specielle Beantwortung derselben, soweit sie Thatsachen enthalten, erfordert; daher vorzüglich auf die Vollständigkeit und Bestimmtheit in beider Hinsicht zu achten ist. Sollte nun aber in dieser Beziehung ein Fehler, eine Unvollständigkeit oder Undeutlichkeit, vorgekommen sein, dann muß das Gericht, ehe das Verfahren fortgesetzt wird, durch ein reines Interlocut die Partei, welche den Fehler begangen hat, auffordern, dem vorhandenen Mangel abzuhelfen, ihr auch wol, wenn sie selbst dazu unfähig ist, einen Anwalt zuordnen. Zu diesem Ende kann sich das Gericht auch der interrogatio in

jure bedienen, welche heutzutage weniger mündlich als schriftlich in der Weise angewendet wird, daß die einzelne zu beantwortende Thatsache, in Bezug auf welche Ungewißheit bei der Antwort herrscht, in dem richterlichen Decrete speciell hervorgehoben und die nachzuholende Antwort unter den gehörigen Präjudicien innerhalb einer bestimmten Frist erfordert wird. Sind dagegen die Parteien über die streitigen Thatsachen einig und bilden nur eigentliche Rechtspunkte die Streitfrage, dann kommt auf eine vollständige Ausführung der Rechtstheorie in den Parteivorträgen weniger an, weil das Gericht vermöge des officium nobile das Fehlende zu ergänzen im Stande ist, mithin Alles nach dem gemeinen Rechte zu beurtheilen hat. Zur Abkürzung der Verhandlung kann dann die gewöhnliche Reihe der Parteivorträge und deren Zahl mit Recht verringert werden, sobald jede Partei ihre Rechtsvertheidigung in dieser Hinsicht entwickelt hat, weil etwas Neues in Bezug auf das Thatsächliche nicht vorgebracht werden kann. Besteht dagegen endlich die Streitfrage in zweifelhaft gebliebenen Thatsachen, welche behufs der Fassung des demnächstigen Endurtheils nothwendigerweise aufzuklären sind, dann wird die Proceßleitung durch ein gemischtes Interlocut ausgeübt, welches festsetzt, was bewiesen werden müsse, wer dazu verpflichtet und in welcher Frist der Beweis zu erbringen sei. Diese letztere wird deshalb bestimmt, damit man im Falle der Nichtbeobachtung derselben, die Beweisführung präcludiren könne, was den Erfolg hat, daß bei Fällung des Endurtheils der präcludirte Beweis für unmöglich, mithin das zu beweisende Factum für unrichtig gehalten wird. In der Beweisinstanz hat dann aber das Gericht aus eigenem Antriebe diejenigen Schritte vorzunehmen, durch welche die streitigen Thatsachen aufgeklärt werden, soweit es im einzelnen Falle zu deren Vornahme von Amtswegen befugt ist, z. B. Ocularinspectionen (s. §. 134). b) Die zweite Pflicht des Civilrichters bei Instruction eines Rechtsstreits besteht darin, auf alle richterlichen Schritte und Handlungen nicht allein hinsichtlich der gesetzlichen Form zu achten und insoweit die Subalternen des Gerichts zu controliren, sondern auch von Amtswegen diejenigen vorzunehmen, welche ohne Parteiantrag vom Gerichte zur Fortsetzung der Sache vorgenommen werden müssen, z. B. Ansetzung von Eröffnungsterminen für Zeugenrotul oder Zwischenerkenntnisse.

c) Endlich aber muß der Civilrichter die erforderlichen Zeitbestimmungen, welche nicht schon gesetzlich angeordnet sind, für alle einzelne Proceßschritte nach Beschaffenheit des einzelnen Falls treffen und dabei zugleich diejenigen Nachtheile androhen, welche für den Fall der Versäumniß der bestimmten Frist eintreten sollen. Denn nur hierdurch kann einer rechtswidrigen Verzögerung der Sache vorgebeugt werden. — Aus alledem ergibt sich aber, weshalb nicht ohne Grund die richterliche Proceßleitung im Ganzen nur als eine negative bezeichnet wird, wenn sie auch nicht als etwas blos Formelles betrachtet werden kann. Denn es äußert sich die richterliche Thätigkeit darin, daß die Anträge der Parteien geprüft, die Fehler derselben gerügt und zu deren Verbesserung die nöthigen Maßregeln ergriffen werden, alles Unzulässige aber zurückgewiesen wird. Dagegen kann das Civilgericht etwas Besseres nicht substituiren, sondern muß der eigenen Thätigkeit der Parteien solche Verbesserungen, soweit dieselben überhaupt noch zulässig sind, um so mehr überlassen, als selbst die Regeln der Proceßpolitik die Gerichte abhalten müssen, den Parteien auch nur Rath zu ertheilen, z. B. bei Verwerfung einer Klage von Seiten des nicht zuständigen Gerichts das zuständige anzugeben. Die Proceßleitung wird sodann nie Beifall äußern, nie loben oder belehren, sondern nöthigenfalls nur tadeln, warnen, drohen, strafen, indem schon das bloße Schweigen des Richters zu den Parteianträgen und deren Zulassung ohne weitere Einschränkung hinreichend beweist, daß an dem Vortrage nichts Wesentliches zu erinnern gewesen ist; was aber dabei etwa zu suppliren gewesen wäre und nach den Gesetzen hätte supplirt werden können, wird nie ausdrücklich zu erkennen gegeben, sondern äußert sich erst bei Abfassung des Endurtheils. Endlich aber controlirt die richterliche Proceßleitung auch nur die gesetzlich nothwendigen Erfordernisse der Parteihandlung, hindert aber nicht die Nachtheile, welche eine Folge erlaubter Willkür der Parteien, vernachlässigter Proceßpolitik sind.

VI. Mehr positive Selbstthätigkeit zeigt der Richter in der zweiten Periode des Rechtsstreits, in welcher eine endliche Entscheidung, sei es in der Hauptsache oder über eine Incidentfrage zu fällen ist. Denn der Zweck des Enderkenntnisses besteht darin: gleichsam ein Specialgesetz für die streitenden Theile

zu erlassen, wodurch die bereits vor Beginn des Rechtsstreits vorhandenen, allein bestrittenen Rechte und Pflichten der Parteien, soweit solche aus den Acten erhellen, in concreter Beziehung vollständig und bestimmt ausgesprochen und die aus der Störung derselben hervorgehenden Folgen festgesetzt werden sollen. Insofern dagegen steht der Richter dem Gesetzgeber nicht gleich, als er nicht, wie dieser, neue Rechtsverhältnisse zu schaffen befugt ist[17]), eine solche Thätigkeit vielmehr regelmäßig seine amtlichen Befugnisse überschreitet, soweit nicht bei Theilungsklagen und bei der Bestimmung des Schadenersatzes nach richteramtlichen Gutdünken in gewisser Weise eine Ausnahme davon eintritt. Wol aber ist seine Thätigkeit einer gesetzgeberischen insofern völlig gleich, als er, wie ein guter Gesetzgeber, durch möglichste Vollständigkeit und Bestimmtheit des Ausspruchs allen künftigen Zweifeln über das streitige Rechtsverhältniß begegnen soll. In dieser letztern Rücksicht ist es daher besonders bei condemnatorischen Erkenntnissen nothwendig, sich die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses nach der Theorie einerseits klar zu machen, andererseits aber die Folgen zu erwägen, welche aus der verweigerten Anerkennung dieses Rechtsverhältnisses für den zu Verurtheilenden hervorgehen, dabei jedoch zu vermeiden, die Endurtheile unter irgend einer andern Bedingung als etwa der eines abzuleistenden, im Erkenntnisse genau zu bezeichnenden Eides abzufassen. Denn alle andern Bedingungen, welche mit einer eventuellen Definitivsentenz verbunden werden, erregen meistens Zweifel darüber, ob die Bedingung wirklich eingetreten sei, und veranlassen außerdem häufig Appellationen und andere Rechtsmittel gegen die eventuell ausgesprochenen Folgen der gestellten Bedingung, welche ganz nutzlos und überflüssig sind, wenn die Bedingung demnächst nicht eintritt. Man muß daher als Grundsatz festhalten, daß in allen den Fällen, in welchen es sich nöthig macht, eine andere Bedingung als die eines zu leistenden Eides hinzuzufügen, die Sache zum Enderkenntniß noch nicht reif, vielmehr erst durch ein Zwischenerkenntniß gehörig zum Abschluß zu führen ist. — Was aber die Befugniß des Richters, auch neue Rechtsverhältnisse durch ein Enderkenntniß zu schaffen, betrifft, so beschränkt sich diese auf die

17) L. 8, §. 4, D. si servitus vindicetur (8, 5).

wenigen Ausnahmsfälle, in welchen bei einer Theilungsklage eine andere Art der Auseinandersetzung der Streittheile nicht übrigbleibt[18]), z. B. wenn der einen Partei eine neue Servitut bestellt werden muß, oder die Größe eines zu leistenden Schadenersatzes nur von dem Richter bestimmt werden soll, weil es im einzelnen Falle eine andere Art der Bestimmung desselben nicht gibt, z. B. wenn es auf Schmerzensgeld oder die Schätzung erlittener Beleidigungen ankommt, wiewol selbst in solchen Fällen keine absolute Willkür des Richters stattfindet, sondern das arbitrium boni viri maßgebend ist[19]). Diese Ausnahmen abgerechnet, ist ein Durchgreifen[20]) des Richters, ein sogenanntes Schnitterurtheil, durchaus unzulässig, solange es an Principien nicht fehlt, durch welche auch nur das Quantum eines Anspruchs festgesetzt werden könnte, möchte auch dieser Anspruch noch so unbedeutend sein. — Schon der Natur der Sache nach würde daher jedes Civilgericht verpflichtet sein die Gründe seiner Entscheidung anzugeben und dieselben den Parteien mitzutheilen, damit diese dadurch in den Stand gesetzt würden zu controliren, ob das Gericht in Ansehung der thatsächlichen Fragen sich an den Inhalt der Acten gehalten habe. Allein das gemeine Recht[21]) schreibt dies nicht vor, verpflichtet die Gerichte vielmehr nur, alle Erkenntnisse, selbst die proceßleitenden Verfügungen, auf Verlangen dem Obergerichte gegenüber durch Angabe der Gründe seiner Entscheidung zu rechtfertigen. In neuern Gesetzen ist dies jedoch mit Recht abgeändert und den Gerichten aufgegeben worden, ihre Entscheidungen alsbald mit Gründen zu versehen und auch den Parteien davon Kenntniß zu geben. — Hat nun aber der Richter das im einzelnen Falle von ihm zu fällende Urtheil mit Beobachtung der angeführten Grundsätze bei sich beschlossen, dann ist es seine Pflicht, den Beschluß schriftlich aufzusetzen und in die Form, welche durch Gesetze

18) L. 22, §. 3, D. famil. hercisc. (10, 2). Sed etiam cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat. L. 6, §. 1. D. de usufr. (7, 1). Glück, Comm., IX, 95 fg.

19) L. 2 pr., §. 8, D. de eo quod certo loco (13, 4). Heffter, Anhang zu A. D. Weber, Ueber Beweislast, S. 245, 254 fg.

20) Nov. 124, cap. 4. Strube, Rechtl. Bedenken, I, Bedenk. 66. v. Quistorp, Rechtl. Bemerkungen, II, 35.

21) Jüngster Reichsabschied, §. 60, 61.

oder durch Gerichtsgebrauch hergebracht ist, einzukleiden, wobei ihm namentlich der Vollständigkeit wegen die althergebrachten Formeln[22]) nicht ohne Nutzen sein werden. Ist aber so das Erkenntniß verabfaßt, so ist es weiter die Pflicht des Richters aus eigenem Antriebe dafür zu sorgen, daß dasselbe den Parteien gehörig bekannt gemacht werde. Es soll dies regelmäßig durch Vorlesen des niedergeschriebenen Erkenntnisses geschehen, und nur ausnahmsweise, namentlich im summarischen Processe, durch ein blos außergerichtliches Zuschicken einer Ausfertigung der verabfaßten Sentenz. Man unterscheidet daher die Publication des Urtheils, zu welcher die Parteien an Gerichtsstelle vorgeladen werden und da das Urtheil vorlesend eröffnet erhalten, von der bloßen Insinuation desselben.

VII. In der Executionsinstanz dagegen verändert sich das Rechtsverhältniß des Richters zu den Parteien insofern ganz, als in diesem Abschnitte nichts mehr aufzuklären und zu entscheiden, sondern nur die Anwendung von Zwangsmitteln in Frage ist, durch welche von Seiten des Staats der siegenden Partei zum wirklichen Genusse des erstrittenen Rechts verholfen werden soll. Insoweit ist der Richter nicht mehr Beamteter der Justizgewalt des Staats, sondern der Executivgewalt desselben. In Deutschland aber sind diese Functionen schon nach den Grundsätzen des Römischen Rechts[23]) meistens einem und demselben Gerichte bald in größerm, bald in geringerm Umfange übertragen. — In der Executionsinstanz selbst aber ist das Liquidationsverfahren von der wahren Executionsvollstreckung zu unterscheiden, indem in der erstern der Gegenstand der Verpflichtung, die Größe und

---

22) Hommel, Deutscher Flavius (Baireuth 1763; Ausgabe 2, von Klein 1800). Gensler, Anleitung zur gerichtl. Praxis, I, §. 55, S. 304—320. Bergmann, Beiträge zur Einleitung in die Praxis (Ausg. 2), S. 310 fg., 386 fg.

23) L. 2 D. de jurisdict. (2, 1). L. 15 D. de re jud. (42, 1). Cap. 28 X. de offic. et pot. judic. deleg. (1, 29). Ausnahmen, bei denen diese Befugniß ganz fehlt, sind selten, denn: L. 5, §. 1, D. de offic. ejus cui mand. (1, 28). Mandata jurisdictione privato etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est. Jüngster Reichsabschied, §. 15, 159—164. Vergl. Comp. §. 261, Note b.

die Art der Leistung, das quid, quale, quantum einer rechtskräftig zuerkannten Schuld weiter aufgeklärt und darüber im Nothfall ein anderweites Endurtheil gefällt wird, ehe es zur wirklichen Executionsvollstreckung kommen kann, was namentlich bei den Universalklagen nicht selten der Fall ist; in der letztern es sich aber nur um die wirkliche Anwendung von Zwangsmitteln handelt. Dabei sind denn zwei wesentliche Zwecke nicht aus den Augen zu verlieren: auf der einen Seite soll das rechtskräftig gewordene Enderkenntniß mit dem nöthigen Nachdrucke versehen werden, damit die siegende Partei zum wirklichen Genusse ihres vom Staate anerkannten Rechts in der That gelange, ungeachtet der Verurtheilte sich immer noch gegen das richterliche Erkenntniß ungehorsam zeigt. In dieser Hinsicht geschieht zwar Alles zu Gunsten des Siegers, allein das Verhandlungsprincip behält insoweit noch immer seine völlige Anwendung. Auf der andern Seite tritt aber neben diesem Hauptzwecke der Execution noch der Nebenzweck, besonders bei Schuldverhältnissen, hervor: den Ruin des Besiegten soviel als möglich zu verhüten[24]). Denn aus Gründen des öffentlichen Wohles ist dem Staate daran gelegen, daß der Schuldner nicht ohne Noth ruinirt, vielmehr dessen Vermögen nur so schonend als möglich zur Befriedigung seiner Gläubiger bestens verwendet werde, ohne, wo irgend möglich, ihn an den Bettelstab zu bringen. In beiderlei Beziehung ist der exequirende Richter zunächst an die gesetzlichen Vorschriften gebunden, welche die Art der Zwangsmittel, die nach Verschiedenheit der einzelnen Fälle anzuwenden sind, die Reihenfolge derselben, sowie die Art und Weise ihrer Anwendung festsetzen, ohne daß ihm in der Regel eine Abweichung davon, diese aber nur in Folge rechtsbeständiger Vereinigung beider Interessenten, gestattet wäre. Weil aber nicht selten der Zweck der Execution vereitelt werden würde, wenn die Zustimmung des Schuldners zu allen Schritten der Executionsinstanz erforderlich wäre, so wird in dieser Instanz der Verurtheilte des Dispositionsrechts über das Seinige solange

---

24) Nov. 17, cap. 5, §. 3. Talem vero praebebis temetipsum omnibus et publice et privatim, ut terribilis quidem sis delinquentibus et indevotis circa fiscalia, mansuetissimus autem et mitis omnibus placidis et devotis et paternam eis exhibens providentiam.

und insoweit verlustig, als er seinen Gegner nicht befriedigt. Das Gericht dagegen übernimmt eine Art von Curatel über dergleichen Schuldner, um die Gegenstände der Execution ohne Rücksicht auf deren Einwilligung verkaufen und den daraus gewonnenen Erlös zur Befriedigung der Gläubiger verwenden zu können, worüber dann aus den Acten eine Art Rechnungsablage mit den nöthigen Belegen hervorgehen muß.

§. 64.

β) In Collegialverbindung.

1. Was von den Rechten und Pflichten des Richters bisher gesagt wurde, gilt im Allgemeinen auch dann, wenn die Functionen des Richters nicht der physischen Person eines Menschen, sondern der juristischen eines Collegiums [1]) übertragen sind. Nur fragt es sich dann, wie diese Rechte und Pflichten durch die juristische Person nicht allein geltend gemacht, sondern vielmehr erfüllt werden sollen, und es ist nicht sowol die Form der Geschäftsbehandlung, als vielmehr die Vertheilung der Obliegenheiten des Richters unter die Collegialmitglieder, welche Zweifel übrig läßt. In der Regel werden dieselben durch Deliberationen und Beschlüsse, welche in den Versammlungen des Collegiums nach Stimmenmehrheit gefaßt werden, ausgeübt und erfüllt. Nach gemeinem Rechte müssen zu diesen Versammlungen die sämmtlichen Collegialmitglieder entweder ausdrücklich oder durch Bestimmung gewisser Sitzungstage ein- für allemal geladen und zwei Drittheile derselben erschienen sein [2]). Dagegen können durch einzelne Abtheilungen, Sectionen, soweit dies vom Staate für ein Collegium nicht ausdrücklich angeordnet ist, die richterlichen Functionen nicht ausgeübt werden. Allein nicht alle Geschäfte lassen sich auf diese Weise besorgen, z. B. die Aufsicht auf den Geschäftsgang des

1) Sartorius, Deutsche Rechtspflege der colleg. Gerichte (Würzburg 1832). Glück, Commentar, IV, §. 527. Bayer, Civilproceß, §. 86, S. 205.

2) L. 3, 4, D. quod cujuscunque univers. (3, 4). L. 2, 3, D. de decretis ab ord. faciend. (50, 9). L. 46 C. de decur. (10, 31). Die Anwesenheit von nur 3 Mitgliedern erfordern nach L. 85 D. de verb. sign. Gensler, Commentar, I, 196. Heffter, System, 243, Nr. 203, Note 93.

Collegiums und die Subalternen derselben; auch erfordert die Geschäftsbehandlung in den Sitzungen eine Geschäftsvertheilung unter die Mitglieder desselben, weshalb man die Rechte und Pflichten eines Collegialmitgliedes von denen des Vorsitzenden desselben, des Präsidenten oder Directors, unterscheiden muß.

II. Die Mitglieder des Collegiums, von denen hier nur diejenigen, welche eine entscheidende, nicht aber diejenigen, welche nur eine berathende Stimme haben, in Frage kommen, haben einzeln keine Gerichtsbarkeit, wenn sie nicht vom Collegium für einzelne Rechtssachen oder bestimmte Gattungen derselben deputirt werden, was bei eiligen Sachen im Falle der Behinderung der übrigen Collegialmitglieder als stillschweigend geschehen anzusehen sein würde[3]); auch haben sie in der Regel, und sobald nicht eine darauf gerichtete ausdrückliche Verpflichtung vorausgegangen ist, die Befugniß zum Protokolliren nicht. Die Verpflichtung der Collegialmitglieder ist daher, die ihnen zugetheilt werdenden Sachen gehörig durchzugehen und daraus zum Vortrag in den Sitzungen des Collegiums sich vorzubereiten, die vom Präsidium angesetzten Sitzungen, mögen dies nach der Geschäftsordnung Versammlungen aller Mitglieder, Plenum des Collegiums, oder nur einiger derselben, Senate, Sectionen, sein, zu besuchen, darin unter gewissenhafter Beachtung des Acteninhalts Vorträge zu erstatten, die der übrigen Mitglieder aufmerksam anzuhören, ihr Votum darüber nach wahrer Ueberzeugung abzugeben, und nicht aus Furcht oder andern ähnlichen Ursachen desselben sich zu enthalten oder der Majorität beizutreten, die gefaßten Beschlüsse auszuarbeiten und den vom Präsidium in dessen Geschäftskreise ausgehenden Anordnungen Folge zu leisten (s. §. 117).

III. Das Präsidium[4]) dagegen, mag es aus einer oder mehren Personen bestehen, oder, in Behinderung des eigentlichen Präsidenten, von dem ersten oder statt dessen dem nächsten Collegialmitgliede vertreten werden, hat zunächst die äußere Repräsentation des Collegiums zu übernehmen, deshalb alle im Namen des Collegiums ergehende Ausfertigungen zu unterschreiben, Reden namens des Collegiums zu halten und was sonst hierauf sich be-

---

3) L. 7 D. quod cujuscunque univers. (3, 4).
4) Siehe Reichskammergerichtsordnung, Th. I, Tit. 10, §. 2.

zieht vorzunehmen. Sodann aber hat es alle Verfügungen und Anordnungen, welche auf die Einheit des Geschäftsganges sich beziehen, das Zusammenwirken aller veranlassen und leiten sollen, zu treffen, daher alle eingehenden Sachen zu eröffnen und zu präsentiren, die Referenten und Correferenten zu ernennen, die Sitzungen anzuberaumen, in diesen aber für Erhaltung der Ordnung und des Anstandes, auch der Aufmerksamkeit zu sorgen, zum Referiren und Votiren aufzurufen, die Beschlüsse aus den abgegebenen Votis zu ziehen und ergebenden Falls durch das eigene Votum bei Stimmengleichheit zu entscheiden, die ausgefertigten Concepte aber zu revidiren, namentlich ob sie mit dem Beschlusse conform sind, deshalb aber auch das Recht zu corrigiren. Endlich aber steht dem Präsidium das Recht und die Pflicht der Controle über die Subalternen des Collegiums und die durch diese zu besorgenden Geschäfte, namentlich das Depositen- und Sportelwesen, zu.

§. 65.

b) Des Actuars.

Unter den Subalternen[1]) des Gerichts versteht man alle diejenigen öffentlich angestellten Gerichtspersonen, welche unter der Aufsicht und der Leitung des eigentlichen Richters die Gerichtsgeschäfte besorgen helfen, ohne directen Antheil weder an der Fassung der Beschlüsse noch an der Entscheidung des Rechtsstreits zu nehmen. Der Gerichtsactuar[2]) ist aber derjenige Gerichtssubaltern, welcher verpflichtet ist, über alle in den einzelnen Rechts-

1) Auch bei den römischen Gerichten kommen eine große Zahl Subalterner mit den verschiedensten Geschäftsobliegenheiten vor (officia, officiales), Bethmann-Hollweg, Handbuch, §. 15, S. 170 fg., deren Zuziehung zu den amtlichen Geschäften des Richters wesentlich ist. L. 6 C. de sentent. (7, 45). Vergl. v. Savigny, Geschichte des Römischen Reichs im Mittelalter, I, 47 fg. Glück, Commentar, VI, 45 fg.

2) Den Begriff des Actuars gibt das Kanonische Recht in Cap. 11 X. de probat. (2, 19) dahin an: „publica persona, quae, fideliter universa judicii acta conscribat". Vergl. Oesterding, Nachforschungen, S. 248. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, §. 64. Bayer, Civilproceß, §. 87. S. 270.

streitigkeiten vor Gericht vorkommenden Verhandlungen die erforderlichen historischen Aufsätze, Protokolle (§. 105) zu fertigen; ferner die Beschlüsse des Richters nach dessen Anordnung zu entwerfen, zu concipiren, auch die schriftliche Ausfertigung solcher Beschlüsse an die Parteien und andere Personen zu besorgen, endlich aber die Actensammlung sowol für den einzelnen Rechtsstreit, als in der currenten Repositur, dem Archive der noch nicht beendigten Rechtssachen, gebührend zu veranstalten und zur Aufrechterhaltung guter Ordnung die erforderlichen Uebersichtstabellen, Register, Productenbücher zu führen. — Wahrheitsliebe, Gewissenhaftigkeit, Ordnungsliebe und Genauigkeit sind die wesentlichen Eigenschaften eines tüchtigen Actuars. Der Richter aber soll den Actuar, da wo er seiner Thätigkeit bedarf, nicht zur Schreibmaschine machen, ihm nicht Alles dictiren. Die wesentlichsten Bestimmungen des gemeinen Rechts über die Rechte und Pflichten des Actuars [3]) finden sich in der peinlichen Gerichtsordnung Karl V. und in der Notariatsordnung; Landesgesetze dagegen haben fast durchgehends neuere, mehr ins Einzelne gehende Vorschriften. — Die Geschäfte des Actuars sind bei größern Gerichten häufig unter mehre Personen vertheilt. Sind aber, was allerdings auch geschieht, die Functionen des Actuars mit denen des Richters verbunden, dann ist besonders darauf zu sehen, daß dabei die gehörige Besetzung des Gerichts nicht leide und daß der Richter auch für diese Geschäfte gehörig vereidet sei (§. 42, I. und III.).

§. 66.

Von den Rechten und Pflichten der Civilgerichte.

B) Gegen andere Gerichte.

I. Die Rechte und Pflichten der Civilgerichte gegen andere [1]) sind wesentlich verschieden, je nachdem sie zu einander im Subordinationsverhältnisse stehen oder einander coordinirt sind. Was zunächst das Subordinationsverhältniß zweier Gerichte, von dem

---

3) Notariatsordnung von 1512, §. 6, 24. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 181 fg. Visitationsabschied von 1713, §. 27.

1) Bayer, Civilproceß, §. 88, S. 271.

bereits (§. 43, VI.) gehandelt worden ist, betrifft, so bewirkt dieses für den Oberrichter: die mittelbare Competenz für alle Distrikte sämmtlicher ihm subordinirter Untergerichte; das Recht der Prüfung und Kritik der Handlungen und Verfügungen des Untergerichts, auch der Abänderung und Verbesserung derselben, jedoch zu Gunsten einer bestimmten Partei nur dann, wenn der Oberrichter in der durch die Gesetze geordneten Weise darum angegangen worden ist; das Recht Befehle, Aufträge, Commissionen dem Unterrichter zu ertheilen, welchen dieser zu gehorchen bezüglich sich zu unterziehen hat; endlich das Recht der Aufsicht[2]) auf die gesammte Geschäftsthätigkeit des Untergerichts und damit das Recht Revisionen desselben vorzunehmen, auch Disciplinarstrafen zu verhängen. Belehrungen[3]) dagegen kann in Civilsachen das Obergericht dem Untergerichte am wenigsten für eine bereits anhängige Rechtssache ertheilen, da hierdurch den Parteien eine Instanz entzogen werden würde. Für den Unterrichter erzeugt das Subordinationsverhältniß dagegen die Pflicht, den Befehlen des Obergerichts Folge zu leisten, ertheilten Commissionen sich zu unterziehen, insofern durch dieselben weder sein wohlerworbenes Recht noch das des ihm anvertrauten Amtes verletzt wird; denn in diesem Falle würden ihm alle erlaubten Rechtsmittel gegen solche Verfügungen zustehen, weil er gewissermaßen Partei wird. Auf der andern Seite steht ihm aber das Recht zu, sich den Beistand des Obergerichts gegen Ausschreitungen anderer Gerichte oder Behörden zu erbitten, z. B. auch gegen Cabinetsjustiz.

II. Das Verhältniß des Gerichts, bei welchem ein Rechtsstreit verhandelt wird, zu andern Gerichten, sei es desselben oder eines andern Staats, zu denen das Proceßgericht in keinem Subordinationsverhältnisse steht, kommt häufig bei Behandlung eines Rechtsstreits in Frage. Es wird nämlich nicht selten für eine Partei, um den Zweck des Processes zu befördern oder zu erreichen, unentbehrlich oder doch wünschenswerth, daß gerichtliche Handlungen vorgenommen, Verfügungen getroffen werden, für

---

2) Ueber die Folgen der Vernachlässigung desselben: Jüngster Reichsabschied, §. 109.

3) Arg. Nov. 17, cap. 3 i. f. Nov. 125. v. Bülow und Hagemann, Erört., I, 80.

welche der Richter der Hauptsache nicht zuständig ist, weil jene Handlungen in dem Bezirke eines andern Richters vorzunehmen, oder Verfügungen an Personen zu erlassen sind, welche einer andern Gerichtsbarkeit dingpflichtig sind, in Ansehung deren daher eine Prorogation bald unzulässig, bald überhaupt nicht statthaft ist, z. B. bei Zeugenvernehmungen, Arrestanlegungen u. s. w. — In solchen Fällen kann man es zwar derjenigen Partei, welche die Vornahme eines derartigen Schrittes wünscht, überlassen, den competenten fremden Richter durch ihre Anträge dazu zu veranlassen und allenfalls zu ersuchen, daß er die Actenstücke, welche durch diese seine Schritte entstehen, der Partei aushändige, um sie dann dem Richter in der Hauptsache vorzulegen. Mit Zustimmung dieses kann allerdings ein solches Verfahren beobachtet und es wird nur von ihm eine bestimmte Zeit festgesetzt werden, innerhalb deren das fragliche Geschäft bei dem auswärtigen Gerichte zu Ende geführt und das Resultat desselben in den aufgenommenen Actenstücken zu den Hauptacten geliefert werden soll. Die interessirte Partei hat dann diese Zeitbestimmung genau einzuhalten, um nicht mit solchen Beiträgen zur Verhandlung ausgeschlossen zu werden, und deshalb, wenn die Schuld der Verzögerung nicht an ihr, sondern an dem auswärtigen Richter liegt, unter Beibringung der erforderlichen Bescheinigung hierüber bei dem Richter der Hauptsache Erstreckung der Frist auszuwirken. Diese Art des Geschäftsganges ist bei vielen, nicht deutschen Gerichten die gewöhnliche, besonders wenn in einem fremden Staate dergleichen Geschäfte zu veranlassen sind und keine besondern Staatsverträge die Beförderung der Rechtspflege in solchen Fällen reguliren. Allein ein solches Verfahren hat den Nachtheil, daß die Theilnahme der Gegenpartei, welche nicht selten zu den einzelnen Schritten nothwendig ist, nicht leicht erlangt werden kann, daß sehr häufig bei dem fremden Gericht aus Unkenntniß der Lage der Hauptsache Unerhebliches vorgenommen wird, und daß überhaupt die Besorgung der Angelegenheit bei dem fremden Gerichte, weil es nicht vom Richter der Hauptsache um die Vornahme des Geschäfts ersucht ist, mit größerer Langsamkeit erfolgt, so daß dadurch für die Hauptsache selbst ein unzweckmäßiger Aufschub entsteht. Es erscheint daher ein anderer Weg, solche Geschäfte zu erledigen, vorzüglicher. Der Richter der Hauptsache leitet

selbst eine officielle Correspondenz mit dem fremden Gerichte, welches dergleichen Geschäfte besorgen soll, ein, bezeichnet nicht nur genau, worin das auswärts vorzunehmende Geschäft besteht, sondern erbittet sich auch die Mittheilung des Resultats desselben in officieller Antwort. Solche Schreiben des Richters der Hauptsache nannte man in älterer Zeit literae mutui compassus, Compaßbriefe, in neuerer Zeit aber subsidiales, Requisitionsschreiben. Es hat aber dieses Verfahren den Vorzug, daß, da dem Ersuchen eines Gerichts leichter, als dem eines Privatmannes entsprochen wird, die Zulässigkeit eines solchen Schrittes aber schon geprüft ist, der Zweck schneller und sicherer erreicht und zugleich den Verzögerungen der Gegenpartei vorgebeugt wird. Auch läßt sich nicht behaupten, daß ein solches Verfahren dem Verhandlungsprincipe zuwiderlaufe, sobald nur eine Partei um Erlassung dieser Schreiben speciell oder, weil sie zur Ordnung des Proceßverfahrens gehören, im Allgemeinen gebeten hat. Darum hat schon das Römische Recht zunächst in Bezug auf Criminalsachen dergleichen subsidiales vorgeschrieben und allen Beamten die Zwangspflicht auferlegt, einander bei der Rechtspflege, soweit es zu dem Geschäftskreise eines Jeden gehört, hülfreiche Hand zu leisten; das Kanonische Recht aber hat dies demnächst auf die Civilrechtspflege ausgedehnt[4]). Vermöge dieser Vorschriften hat man in Deutschland, solange die Einheit des Deutschen Reichs bestand, daran nicht gezweifelt, daß alle einander coordinirten Gerichte, ja sogar die Obergerichte desjenigen Staats, wo der Rechtsstreit anhängig ist, vollkommen verpflichtet seien, einander gegenseitige Rechtshülfe in solchen Fällen angedeihen zu lassen, und selbst die verschiedenen Territorialgrenzen begründeten hierin keinen Unterschied, indem die höchsten Reichsgerichte in dieser Beziehung keine Weigerung duldeten. Seitdem aber das Deutsche Reich sich aufgelöst hat, tritt jetzt zwischen den verschiedenen souverainen Bundesstaaten keine solche Verpflichtung zur gegenseitigen Rechtshülfe ein, wenn nicht zwischen den einzelnen Staaten deshalb Verträge abgeschlossen sind. Es gilt daher der gemeinrechtliche Grundsatz

---

4) Arg. L. 1, §. 2, D. de fugitiv. (11, 4). L. 7 D. de custod. (48, 3). Nov. 17, cap. 14. Nov. 90, cap. 5. Nov. 134, cap. 5. — Cap. 1, §. 3, de foro compet. in VI^{to} (2, 2).

gegenseitiger Rechtshülfe nur noch von den Gerichten ein und desselben Staats[5]). Wenn aber einige Juristen behaupten[6]), daß bei den Gerichten desselben Staats die Patrimonialgerichte von denen des Staats zu unterscheiden seien und, weil die erstern dem Römischen Rechte unbekannt, eine gegenseitige Zwangspflicht zur Rechtshülfe geleugnet werden müsse, so ist das ohne rechtlichen Grund, weil die Rechtshülfe aus Gründen des öffentlichen Wohls angeordnet, deshalb aber die Verschiedenheit des Erwerbs der Gerichtsbarkeit im Umfange der Pflicht der Gerichte für das öffentliche Wohl thätig zu sein, keinen Unterschied begründen kann.

III. Soweit nun zwischen den verschiedenen Gerichten eine wirkliche Zwangspflicht einander in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die erforderliche Rechtshülfe zu leisten besteht, tritt zwischen denselben im einzelnen Falle ein eigenthümliches Rechtsverhältniß ein. Der um die Rechtshülfe angegangene Richter (judex requisitus) darf nämlich weder eine causae cognitio noch eine Entscheidung in dem anderwärts anhängigen Rechtsstreite sich anmaßen, weil dies den Grundsätzen der Rechtshängigkeit und den Vorschriften des Römischen Rechts widersprechen würde[7]). Daneben aber bleibt das requirirte Gericht doch völlig selbständig und ist dem requirirenden Gerichte keineswegs untergeordnet, daher auch nicht frei von aller Verantwortlichkeit rücksichtlich der erbetenen Verhandlungen und Verfügungen, insofern diese mit Grund als ungesetzlich und unstatthaft angefochten werden könnten. Daher muß dem requirirten Gerichte nothwendig eine gewisse Prüfung derjenigen Schritte zukommen, um welche es ersucht wird, damit es nicht an einer fremden Gesetzwidrigkeit Theil nimmt, und je nach dem Resultate der Prüfung dem Ansuchen fügen oder es ableh-

---

5) v. Bülow und Hagemann, a. a. O., II, Erörter., 38; IV, Erört. 23.

6) G. L. Böhmer, Elect. jur. civ. III, 20, §. 9. Dagegen Meister, Abhandlungen des peinl. Processes, §. 26, S. 484.

7) Siehe §. 152. L. 48 D. famil. hercisc. (10, 2). Judicium non potest scindi in partes. L. 6, 8, C. de exec. rei jud. (7, 53). Cap. 28, §. 3, X. de offic. et potest. (1, 29). Cap. 5 X. de appell. (2, 28). Cap. 5 X. de sentent. et re jud. (2, 27). Gensler, Commentar, S. 107. Gesterding, Nachforschungen, II, 313.

nen kann. In dieser Beziehung sind aber folgende Fälle zu unterscheiden: 1) Die von dem requirirten Gerichte angestellte Prüfung ergibt, daß die verlangten Schritte einen Eingriff in seine eigene Competenz enthalten. Es wird daher die Requisition, soweit nicht genügende Gründe nachgewiesen werden, welche ein solches Ersuchen rechtfertigen, z. B. geschehene Prorogation, oder eine Abänderung in der beobachteten Form des Ersuchens eintritt, z. B. wenn das requirirende Gericht, welches die Zeugen direct vorgeladen hatte, statt dessen das requirirte Gericht um deren Stellung angeht, abgelehnt werden. 2) Ist dagegen ein Zweifel über die Zuständigkeit des requirirenden Richters und folgeweise ein Eingriff in die des requirirten Gerichts nicht vorhanden, so werden Geschäfte, welche einem jeden Civilrichter an und für sich gestattet sind und wodurch nur das Gericht selbst belästigt wird, unbedenklich besorgt, mögen sie gleich für die Hauptsache völlig nutzlos sein; denn hierüber kann der requirirte Richter nicht urtheilen und besorgt dieselben auf Kosten und Verantwortung des requirirenden Richters, z. B. Mittheilung von Civilacten oder Abschriften aus solchen. 3) Enthält jedoch das Ersuchen Anträge, welche die Rechte und Pflichten anderer Personen, als des Gerichtspersonals, betreffen, wobei mithin ohne Wissen des requirirten Richters Rechtsverletzungen vorkommen oder Widersprüche von Seiten dieser Personen erfolgen können, dann liegt es dem requirirten Richter ob, gleich anfangs aus eigenem Antriebe zu prüfen, theils ob die Competenz des ersuchenden Gerichts für das Verlangte aus dem Requisitionsschreiben zu entnehmen, theils ob der erbetene Act überhaupt in den Befugnissen eines Civilrichters enthalten und nicht besondere Gründe vorhanden sind, an der Rechtmäßigkeit des Erbetenen zu zweifeln. Entstehen aber in der einen oder andern Beziehung Zweifel, so fordert der requirirte Richter zunächst deren Beseitigung von dem requirirenden, ehe er der Requisition entspricht. Werden die Zweifel von diesem nicht beseitigt, so schlägt der requirirte Richter die begehrte Hülfsleistung ab, muß aber darauf gefaßt sein, daß hierüber Beschwerde bei dem Obergerichte geführt und er veranlaßt werde eine solche Verweigerung zu rechtfertigen. Findet dagegen der requirirte Richter bei der begehrten Hülfeleistung von Amtswegen nichts zu erinnern und bleiben ihm höchstens solche Zweifel, welche nur aus einer genauen Kenntniß

der Hauptacten näher beurtheilt werden können, so begnügt er sich mit der dem ersuchenden Richter für seine Handlungen zur Seite stehenden Vermuthung der Legalität, und entspricht dem Antrage, indem er es den Parteien überläßt diejenigen Einwendungen dagegen geltend zu machen, welche unter solchen Umständen möglich sind. Tritt nun eine Partei, wozu hier alle Theilnehmer eines Rechtsstreits, auch Intervenienten, zu rechnen sind, mit einem Widerspruche oder sonstigen Erinnerungen gegen die bei dem requirirten Richter beantragten Schritte auf, so muß derselbe die Erörterung und Entscheidung hierüber lediglich an den Richter der Hauptsache verweisen, weil nur dieser, nicht der requirirte Richter selbst, darüber zu urtheilen hat. Der Letztere kann daher der widersprechenden Partei nur eine Frist bestimmen, innerhalb welcher sie die Zurücknahme der Requisition auszuwirken habe, widrigenfalls er derselben entsprechen werde. — Anders müssen die Widersprüche und Einwendungen, welche dritte, an dem Hauptrechtsstreite gar nicht theilnehmende Personen gegen das auf die Requisition zu Verfügende erheben, behandelt werden. Denn solche Personen sind dem Richter der Hauptsache nicht unterworfen und veranlassen daher durch ihre Widersprüche keinen Incidentstreit bei der Hauptsache, sondern einen ganz neuen Rechtsstreit, welcher vor ihrem zuständigen Richter erledigt werden muß, ehe auf die Requisition etwas Weiteres verfügt werden kann. Es ist dies namentlich bei Zeugen der Fall, welche von dem requirirten Richter vernommen werden sollen, aber die Verbindlichkeit, sich als Zeugen abhören zu lassen, bestreiten, z. B. ein Beichtvater wegen des Beichtsiegels. Hier kann nach erklärter Weigerung nur die Partei, welche den Zeugen vorgeschlagen hat, angewiesen werden, denselben, falls sie ihn als Beweismittel beibehalten will, bei seinem zuständigen Richter auf Ablegung des Zeugnisses zu belangen. Allerdings wird dies regelmäßig der requirirte Richter sein und deshalb die Erledigung der Requisition bis nach Ausgang dieses Processes ausgesetzt, je nach Verschiedenheit des Ausgangs desselben aber entweder die Requisition als unzulässig abgelehnt oder mit Vernehmung des Zeugen vorgeschritten und in jedem Falle dem Richter der Hauptsache entsprechende Nachricht gegeben werden.

§. 67.

C. Gemeinschaftliches Rechtsverhältniß der Civilgerichte gegen die Parteien und gegen andere Gerichte; 1) ihre Verantwortlichkeit.

Jedes Civilgericht hat sowol in Beziehung auf die streitenden Theile als auf die bei einem Rechtsstreite in Frage kommenden andern Gerichte die Pflicht, die Grenzen [1]), welche seiner Thätigkeit durch die Gesetze des Staats gezogen sind, nicht zu überschreiten, weil dies, soweit es nicht in Folge einer statthaften Prorogation des Gerichtstandes geschieht (§. 60, I.), nicht allein Nichtigkeit solcher Schritte, sondern, namentlich von Seiten anderer Gerichte, andere Unannehmlichkeiten für das Gericht zur Folge hat (§. 44, III.), sodann aber die Pflicht, die gethanen Schritte zu verantworten. — Was aber die Verantwortlichkeit [2]) des Richters für seine Verfügungen betrifft, so kann derselbe allerdings auf mancherlei Weise Denen, welche sich an ihn wenden, Schaden, sei es vorsätzlich oder aus Nachlässigkeit, zufügen, weniger jedoch in Rechtsstreitigkeiten als bei den Handlungen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, da bei jenen den Parteien Rechtsmittel gegen die richterlichen Verfügungen zustehen, welche in Bezug auf diese nicht ebenso geordnet sind. Liegt nun aber der Fall einer Illegalität vor, so kann diese einer dreifachen Beurtheilung unterliegen: einer criminalrechtlichen [3]), soweit die öffentliche Be-

---

1) L. 20 D. de jurisd. (2, 1). L. 1—4 C. si a non comp. jud. (7, 48). L. 53, §. 3, D. de re jud. (41, 1). Cap. 26 de reg. jur. in VI^to (5, 13). Jüngster Reichsabschied, §. 119.

2) Schwarze, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. in Sachsen, Neue Folge, XI, 113 fg.; XII, 289 fg.

3) Martin, Lehrbuch des Criminalrechts (Ausg. 2), §. 223, 225. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §. 484 fg. — Die nach L. 2 D. quod quisque juris (2, 2) von Leyser, sp. 30, med. 3; Thibaut, Pandektenrecht, §. 1127, behauptete Strafe der Retorsion, wonach die widerrechtlichen Grundsätze gegen den Richter und dessen Erben zur Anwendung gebracht werden sollen, kann heutzutage keine Anwendung finden, da die Richter die Befugniß, ein neues Recht zu schaffen, nicht mehr haben. Glück, III, §. 211.

strafung des pflichtwidrig handelnden Beamteten nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften in Frage kommt; einer civilrechtlichen[4]), insoweit die Verpflichtung des fehlerhaft handelnden Beamteten in Frage ist, die verletzten Interessenten, mögen dies eine Partei, ein anderes Gericht oder dritte Personen sein, zu entschädigen; einer staatsrechtlichen[5]), wenn die Frage entsteht, inwieweit der Staat verpflichtet ist, aus seinen Mitteln für den durch einen pflichtwidrig handelnden Beamteten verursachten Schaden den Interessenten gerecht zu werden, oder wieweit der Gerichtsherr in gleicher Weise für die Vergehen und Vernachlässigungen des Gerichtshalters haftet. — In civilrechtlicher Beziehung haftet der Urheber und der Theilnehmer[6]) an der Illegalität sowie die Erben derselben nicht nur für absichtliche[7]), dolose, sondern auch für aus grober Fahrlässigkeit begangene Handlungen, und für solche Verletzungen, welche die Folge irgend einer Vernachlässigung[8]), Unwissenheit oder Uebereilung des Beamteten sind, rücksichtlich jener Handlungen für den Werth des Streitobjects, rücksichtlich dieser Verletzungen für den Ersatz des Schadens, und zwar die Erben[9]) nicht blos, soweit dem Erb-

---

4) pr. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5). L. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13). L. 2 C. de poen. jud. (7, 49). L. 15, §. 1, D. de jud. (5, 1). Strube, Rechtliches Bedenken, II, 124. Thibaut, Pandektenrecht, §. 1127. Bayer, Civilproceß, §. 90, S. 275 fg. — Ueber den Regreß in nichtstreitigen Rechtssachen, Strube, a. a. O., V., 5, S. 123. v. Bülow und Hagemann, III, Erört. 41; VI, Erört. 61. Glück, a. a. O., XVIII, §. 1081, S. 296 fg. Pfeiffer, Praktische Ausführungen, II, 361.

5) Pfeiffer, a. a. O., II, 363. In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Seuffert, Archiv, II, 159; V, 174. Bezüglich der Gerichtsherren: v. Bülow und Hagemann, IV, 50. Eisenhart, Rechtshändel, I, 18, S. 401. Glück, III, 295. Seuffert, a. a. O., I, 166; V, 281. Schwarze, a. a. O., XII, 308.

6) Thibaut, a. a. O., §. 223. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, II, 269.

7) L. 15, §. 1, D. de jud. (5, 1). L. 2 C. de poen. jud. (7, 49).

8) Ueber den Grad der culpa: D. Weber, Von den natürlichen Verbindlichkeiten, §. 12. Löhr, Culpa, S. 196 fg. Auch Arg. L. 6 D. de administ. rer. (50, 8). von der Nahmer, Sammlung merkwürdiger Entscheidungen des herzogl. nassauischen Oberappellationsgerichts, II, 39 fg.

9) Nach L. 16 D. de judic.; L. 5 pr. D. de calumn. (3, 6), soweit sie bereichert sind; dagegen nach Cap. 5 X de raptor. (5, 17), Cap. 14

lasser aus solchen Handlungen eine Bereicherung zu Theil geworden ist, sondern soweit die Erbschaft reicht. — Die Klage zur Geltendmachung derartiger Ansprüche ist die römisch-rechtliche actio in factum contra judicem, qui litem suam fecit. Denn die in den Reichsgesetzen [10]) eingeführte Syndicatsklage ist für eine Eigenthümlichkeit des Reichsgerichtsprocesses anzusehen, welche auf andere Landesgerichte nur dann Anwendung leidet, wenn dies durch Landesgesetze ausdrücklich angeordnet ist. Die Glossatoren [11]) nannten jedoch auch jene römisch-rechtliche Klage actio ex syndicatu, ohne dadurch deren rechtliche Natur ändern zu können, in der Folge aber gebrauchte man beiderlei Benennungen als gleichbedeutend für denselben Anspruch an die Gerichte. Es ist übrigens diese Klage sowol wegen Dolus als auch wegen jeder Art von Culpa begründet, und nicht blos subsidiär [12]), also nicht erst dann zulässig, wenn der Verletzte entweder sich sonst nirgends erholen kann, oder, nachdem er alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel, um das ungerechte Urtheil aufzuheben, vergebens versucht hat, vielmehr sogleich anzustellen. — Handelt es sich bei Richtercollegien um dergleichen Verletzungen, so haftet allerdings dafür nicht die juristische Person des Gerichts, sondern das oder diejenigen Gerichtsmitglieder, welche das ungerechte Erkenntniß oder Verfahren durch ihr Votum verursacht haben, daher nicht der abvotirte schuldlose Referent, nicht die nichtstimmführenden oder abwesenden Gerichtsmitglieder, auch nicht die Schöffen, endlich nicht die Amtsnachfolger, als solche. Die Schuldigen muß auf Antrag der verletzten Partei die Staatsbehörde, das Justizministerium, namhaft machen, oder selbst vertreten. Gegen diese ist sodann die Klage zu richten, nicht aber gegen das Collegium [13]).

X. de sepult. (3, 28), Cap. 28 i. f. X. de sent. excom. (5, 39), für den ganzen Schaden; nach der Praxis, soweit die Erbmasse reicht. v. Vangerow, Pandektenrecht, I, 166. Franke, Beiträge, Abh. 1, S. 44 fg.

10) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 33. Reichshofrathsordnung, Tit. 5, §. 7.

11) G. L. Böhmer, Elect. jur. civ., II., p. 135, §. 18. Siehe Schmidt, Lehrbuch von Klagen und Einreden, §. 1295.

12) Strube, Rechtliche Bedenken, II, 124.

13) v. Savigny, System, II, §. 95; III, S. 89, Lit. D. v. Lan-

§. 68.

2) Befugniß der Gerichtspersonen, sich Jemand zu substituiren.

a) Regel davon.

I. Die Frage von der Befugniß der Gerichtspersonen, sich andere zu substituiren, ist sowol in staatsrechtlicher Beziehung zu erörtern, und muß deshalb im Staatsrechte von allen Arten der Staatsdiener untersucht werden, als auch in privatrechtlicher, in wieweit nämlich die Parteien verpflichtet sind, sich diese Substitution gefallen zu lassen, bezüglich wieweit die Handlungen des Substituten Rechtsbestand haben. In letzterer Richtung ist als Regel [1]) aufzustellen, daß die Gerichte die Befugniß, Jemand anders ihre Amtsverrichtungen zu übertragen, nicht haben, am wenigsten den ganzen Umfang derselben, da bei deren Besetzung besondere persönliche Eigenschaften des Angestellten berücksichtigt worden sind. In Nothfällen dagegen können die Gerichte fähige Deputirte für einzelne Handlungen ernennen, wie dies namentlich von Seiten der Obergerichte mit den Untergerichten häufig geschieht, und bei Untergerichten, sobald bei denselben außer dem Richter noch andere mit richterlichen Qualitäten versehene Beamtete angestellt sind. Diese treten dann rücksichtlich der ihnen gültig [2]) übertragenen Geschäfte an die Stelle des sie beauftragenden Gerichts, und üben in dessen Namen die Gerichtsbarkeit aus [3]);

---

genn u. Kori, Praktische Erörterungen, II, 45, 46. — Anderer Meinung sind Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanw., II, 309.

1) Nov. 134, cap. 1, 2, wodurch das ältere Römische Recht aufgehoben ist. — Ueber dieses v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 1, S. 46 fg. Zimmern, Geschichte des Römischen Rechts, III, §. 30. Puchta, Institutionen, II, 13 fg. — Glück, Comment., III, §. 208. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, §. 52, 53.

2) L. 1, §. 1; L. 5, §. 1, D. de offic. ejus, cui mand. (1, 21); L. 16 D. de jurisd. (2, 1).

3) Es ist deshalb keine Appellation an den Mandanten zulässig, sondern an die vorgesetzte Behörde dieses. L. 1, §. 1, D. quis et a quo (49, 3); Cap. 3 de appell. in VI^to (2, 15); Cap. 2 de consuet. in VI^to (1, 4). Ueber den Erfolg der Recusation des Mandanten: Cap. 4 i. f.; Cap. 5 i. f. de offic. et pot. jud. del. in VI^to (1, 14). Leyser, sp. 75, med. 1—4.

haben jedoch nicht das Recht, sich andere, wenn auch befähigte Personen zu substituiren [4]), es müßten denn für ein und dasselbe Geschäft mehre Personen zugleich beauftragt sein, in welchem Falle allerdings Einer auch den Andern substituiren kann.

II. Die einem Gerichtshalter verliehene Gerichtsbarkeit ist zwar, im Gegensatze der eigenen des Gerichtsherrn, auch eine aufgetragene, und wird als mandata bezeichnet, allein das Verhältniß des Gerichtshalters zum Gerichtsherrn ist höchst selten auf einen wahren Auftragsvertrag gegründet, indem der Gerichtshalter nicht nur Belohnung für seine Mühe erhält, sondern auch weder willkürlich entlassen werden kann, noch durch den Tod des Gerichtsherrn die Gerichtsbarkeit verliert. Man kann deshalb dieses Verhältniß nicht als eine Ausnahme von der vorstehend aufgestellten Regel ansehen. Denn der Gerichtsherr ist zudem sehr häufig gar nicht befähigt selbst die Gerichtsbarkeit zu verwalten, und deshalb gezwungen, sie einer befähigten Person ganz allgemein für alle Handlungen zu übertragen [5]). Rücksichtlich des Verhältnisses zu den Gerichtsunterthanen, den Parteien, scheinen aber die Grundsätze von der Haftpflicht des Mandans noch weniger Anwendung auf die eigene Schuld des Gerichtsherrn in der Auswahl und Anstellung des Gerichtshalters oder in der Aufsicht auf denselben finden zu können, vielmehr muß man davon ausgehen, daß mit der Patrimonialgerichtsbarkeit der Gerichtsherr nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht erhalten hat, in seinem Bezirke Justiz zu administriren. Solange er nun dieselbe nicht aufgeben will, sie aber gleichwol nicht selbst wegen des Mangels der erforderlichen Qualificationen ausüben kann, solange kann er sie nicht anders ausüben als dadurch, daß er sie auf seine eigene Gefahr einem Dritten zur Verwaltung überträgt [6]). Es ist daher so anzusehen, als verwalte der Gerichtsherr selbst die Gerichts-

---

4) L. 5 pr. D. de offic. ejus, cui mand. (1, 21). Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est.

5) v. Bülow u. Hagemann, II, Erört. 29; IV, Erört. 52. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 2.

6) Arg. L. 20 i. f. D. de praescr. verb. (19, 5). Vergl. Leyser, sp. 680, med. 32, 33, und die §. 67, Note 4, Genannten. — Anderer Meinung ist Linde, Lehrbuch, §. 72 a. E., welcher die Haftpflicht leugnet.

barkeit. Deshalb muß er denn auch für alle von seinem Stellvertreter begangene Illegalitäten haften. Dagegen hat er aus diesem Grunde auch das Recht, sich zu seiner Sicherheit von dem Gerichtshalter eine Caution bestellen zu lassen, Einsicht der Tabellen und Acten, jedoch nicht zur Entscheidung, zu verlangen, zur Rechtspflege überhaupt, und zwar den eigentlich richterlichen Geschäften, sobald er die erforderliche Habilität besitzt und vereidet ist, zu den übrigen Geschäften ohne diese Voraussetzungen zu concurriren, z. B. bei Depositensachen, endlich aber für den Fall, wenn aus Gründen, welche in der Person des Gerichtshalters liegen, das Gericht im einzelnen Falle incompetent ist, speciellen Auftrag einer andern befähigten und vereideten Person zu ertheilen (s. §. 42, II., S. 286).

§. 69.

b) **Ausnahme bei der Actenversendung** [1]).

Die mangelhafte Besetzung der ältern deutschen Gerichte, sowie der Mangel an gründlicher Rechtskenntniß bei den Richtern, gab den Anlaß dazu, daß die Gerichte in Fällen, wo die Entscheidung einer Rechtssache oder eine sonstige Verfügung in derselben ihnen einigermaßen zweifelhaft erschien, oder, wo die Parteien darauf antrugen, die Acten an Universitäten, in besonderm Rufe stehende Gerichtshöfe, namentlich die Schöppenstühle größerer Städte, oder auch an berühmte Rechtsgelehrte zur Fällung des Urtheils bezüglich zur Abgabe eines Gutachtens übersendeten. Dieses Herkommen, welches stets als Palladium der Freiheit und Unparteilichkeit angesehen worden ist, hat dann auch in den Reichsgesetzen [2]) für Criminal- wie Civilsachen seine Bestätigung gefunden, und ist erst in neuester Zeit für die erstgedachten

---

1) Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte, IV, §. 577. Sartorius, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XIV, 219 fg. — Elsässer, Vom Geschäftsgange bei Versendung der Acten (hinter Danz, Ordentlicher Proceß, Ausg. von Gönner [1806]). Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 4, 12, §. 6 fg. Bayer, Civilproceß, §. 92, S. 284 fg.

2) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 219. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 16. Jüngster Reichsabschied, §. 113.

Sachen abgeschafft worden, während es für die Civilsachen noch uneingeschränkt fortbesteht [3]). — Nach gemeinem Rechte haben daher die Parteien noch jetzt, so oft es sich um eine Entscheidung über die Materialien des Rechtsstreits handelt, das Recht [4]), auf Versendung der Acten zum Spruche an ein Gericht, welches nicht das Obergericht des proceßleitenden, sondern ein Spruchcollegium ist, jedoch nicht an eine Privatperson [5]), anzutragen, und der Richter hat nicht allein, wenn dieses geschehen ist, die Pflicht [6]), die Acten zum Spruch zu versenden, sondern auch im Uebrigen von Amtswegen die Befugniß und die Pflicht zur Actenversendung an ein solches Spruchcollegium, wie z. B. wenn in Rechtssachen, welche in erster Instanz bei den Obergerichten anhängig sind, Leuterung eingewendet worden ist. Nach dem jetzt geltenden gemeinen Rechte ist auch in letzter Instanz der Antrag auf Versendung der Acten zum auswärtigen Spruche zulässig, nicht so zur Zeit des Deutschen Reichs, wo beim Reichskammergericht ein solcher Antrag unstatthaft war [7]). Die Wahl der Spruchbehörde steht in allen Fällen dem versendenden Richter zu, doch haben die beiden Parteien das Recht, einzelne Spruchbehörden auszunehmen, an welche die Versendung nicht erfolgen solle, so daß, wenn die Versendung gleichwol an eine solche Behörde erfolgt, das Erkenntniß derselben nichtig [8]) ist. Was die durch die Versendung entstehenden Kosten [9]) betrifft, so fallen dieselben, sobald die

---

3) Deutsche Bundesacte, Art. 12. Authentische Auslegung im §. 547 der 39. Bundestagssitzung von 1834 und Bundesbeschluß vom 5. November 1835. v. Bülow, Abhandlungen über einige Materien des bürgerlichen Rechts, II, 67 fg.

4) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 16. Jüngster Reichsabschied, §. 113. Mevius, III, dec. 40, n. 1.

5) Jäger, Vom Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, §. 43.

6) Leyser, spec. 469, med. 4—6. Mevius, V, dec. 109.

7) Sieber, Gerichtlicher Proceß, §. 768; ebenso bei den ältern Oberappellationsgerichten. Siehe dagegen Art. 12 der Bundesacte und die authentische Auslegung, Bundesprot., IV, 104.

8) Böhmer, Consil. III, pt. 3, d. 675; II, 2, d. 937, n. 13. Schorch, I, pt. 2, d. 273, n. 13. Hommel, Rhapsod. obs. 181.

9) Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg, I, S. 235, §. 21; S. 292, §. 10. Darüber, was dazu gehört: Musäus, Beiträge zum Deutschen Recht, I, 2.

Versendung auf Antrag nur einer Partei erfolgt, dieser, im übrigen beiden Theilen, bezüglich dem unterliegenden Theile zur Last. Die erkennende Spruchbehörde, welche an und für sich keine Gerichtsbarkeit hat, kann nur über die Fragen, welche in dem vorliegenden Stadium des Processes zu entscheiden sind, sich äußern; das versendende Gericht aber hat die Pflicht, das übersendete Urtheil als das eigene [10]) anzuerkennen, so daß es daran nur insoweit ändern kann, als dies überhaupt von dem abfassenden Gerichte selbst bei Urtheilen geschehen kann. Wer erkannt hat, erfahren die Parteien erst bei Eröffnung des Urtheils. Ueber das Verfahren dabei siehe §. 299.

Zweiter Abschnitt.

Von den Nebenpersonen.

§. 70.

1) Im Allgemeinen.

Außer den regelmäßig zur Verhandlung eines Rechtsstreits erforderlichen Personen, nehmen nicht selten noch andere daran Theil, deren Betheiligung an der Vornahme von Proceßschritten, abstract genommen, nur zufällig ist. Diese Personen werden, nicht etwa wegen der Unwichtigkeit des Einflusses, welche keineswegs immer bei ihnen zu behaupten ist, sondern wegen ihrer Beziehung zum Gegenstande des Rechtsstreits und dessen gültiger Behandlung, Nebenpersonen genannt. Es gehören aber dazu alle diejenigen Personen, deren Gebrauch nicht zur Gültigkeit eines jeden Rechtsstreits gefordert wird, welche daher entweder nicht in allen einzelnen Rechtsstreitigkeiten (sondern nur aus besondern Gründen des einzelnen Falles), oder dann doch nicht nothwendig vorkommen — so z. B. sind Curatoren, wo man ihrer bedarf, für den einzelnen Rechtsstreit unentbehrlich, allein man bedarf ihrer nicht in jedem Rechtsstreite —, und stets als solche mit einer der Hauptpersonen oder in Beziehung auf diese mit dem Rechtsstreite in nothwendiger Verbindung stehen [1]). Diese

---

10) Reichsabschied von 1570, §. 85.

1) Zeugen sind keine Nebenpersonen, weil sie nicht Anhang einer Per-

Nebenpersonen kommen sowol auf Seiten des Gerichts, als auf Seiten der Parteien vor, und treten in letzterer Beziehung entweder aus eigenem Interesse, oder nur als Assistenten und Stellvertreter der Parteien auf. Nur im ersten Falle vermehren sie die Zahl der streitenden Personen, und müssen nach denselben Grundsätzen wie diese selbst (§. 33, II.; §. 34 fg.) beurtheilt werden, also fähig und zur Sache legitimirt sein.

§. 71.

2) Insbesondere.

a) Nebenpersonen auf Seiten des Gerichts.

I. Die Nebenpersonen auf Seiten des Gerichts [1]) sind entweder dazu da, die Aufwartung bei demselben oder Handlangerdienste, wie z. B. die Einhändigung gerichtlicher Ausfertigungen, Executionsvollstreckungen, zu besorgen, und heißen dann Gerichtsunterbediente, Diener, Boten; oder es liegt ihnen die Ausfertigung der vom Gerichte entworfenen Aufsätze und die Sorge für die Verwahrung der Acten ob, wie den Registratoren, Archivarien, Copisten; oder ihre Anwesenheit dient zur Erhöhung der Würde und des Glaubens des Gerichts, wie dies bei den Schöppen der Fall ist; oder endlich zu ihrer eigenen Belehrung, und allenfalls zur Hülfeleistung, wie bei den Auditoren, Auscultanten. Alle diese Nebenpersonen stehen in Eid und Pflicht, und gelten innerhalb ihres Geschäftskreises als öffentliche Personen, so daß sie ebenfalls zu Verschwiegenheit verpflichtet, und rücksichtlich der Fehler, welche sie in ihrem Geschäftskreise begehen, zuletzt von dem Gerichte [2]), welches sie anstellte, namentlich sobald es die erforderliche Aufsicht unterließ, zu vertreten sind.

---

son, vielmehr selbständig sind, dagegen keine Proceßschritte vornehmen, sondern nur passiv mit sich vornehmen lassen.

1) Ueber deren Stellung nach römischer Gerichtsverfassung. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 14, 15, S. 153 fg. Bezüglich der assessores insbesondere, tit. tot. D. (1, 22); tit. tot. C. (1, 51). Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 7, 21.

2) Arg. Nov. 82, cap. 7, §. 1. Strube, a. a. O., Bd. 2, Bed. 85.

II. Die Bedeutsamkeit dieser Nebenpersonen, namentlich derer welche mit der Ordnung und Verwahrung der Acten betraut sind, hat mit der Ausdehnung und Mannichfaltigkeit der Gerichtsgeschäfte in gleichem Maße zugenommen. Denn in Folge davon ist es nicht mehr möglich, alle Gerichtsverhandlungen, wie in früherer Zeit, in ein Protokollbuch aufzunehmen, vielmehr ist die Sonderung derselben nach verschiedenen Objecten und die Führung der einzelnen Rechtsstreitigkeiten in abgesonderten Acten [3]) durchaus nothwendig geworden. Es sind daher in neuerer Zeit in den einzelnen Ländern für diesen Zweig der Geschäfte besondere gesetzliche Bestimmungen, unter dem Namen: Kanzlei-Reglements oder Ordnungen, erschienen, welche über die Ordnung der Acten genauere Vorschriften enthalten [4]). — Gebricht es jedoch an dergleichen Vorschriften, so ist im Allgemeinen an folgenden Grundsätzen festzuhalten. Vor allen Dingen ist es zur Erhaltung guter Ordnung wesentlich, daß die currenten Acten, d. h. solche, in welchen noch irgend etwas zu verfügen ist, von den abgethanen, d. h. solchen, welche so beendigt sind, daß sie nur noch der Erinnerung halber aufbewahrt werden, getrennt werden. Die currenten Acten aber befinden sich entweder in den Händen des Richters, um einen nach Lage derselben nothwendigen Beschluß zu fassen, oder in denen des Actuars zur Expedition eines solchen, oder endlich von da an, bis neue Anträge in der Sache eingehen, in der Current-Registratur, d. h. dem öffentlichen Orte, wo diese Acten unter der Aufsicht und im Namen des Gerichts einstweilen verwahrt werden. Am besten legt man hierin die Civilacten, abgesondert von den Untersuchungsacten, in getrennte Fächer nach alphabetischer Ordnung, indem man dem Anfangsbuchstaben des Namens des Beklagten folgt. Derartige Acten werden dann auch andern Personen, als den Gerichtsmitgliedern, in ihre Privatwohnungen nicht mitgetheilt. Die abgethanen Acten dagegen gehören dem Archive des Gerichts an, und werden nicht

3) Vergl. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 29, §. 3.

4) Z. B. für Preußen, in der allgemeinen Gerichtsordnung, Th. 3, Tit. 5, Absch. 2, S. 283 fg.

einmal auf Verlangen beider Theile kassirt, sondern nur versiegelt [5]). Bei der Einrichtung des Archivs ist dann vorzüglich auf Raumersparniß, leichtes Auffinden und erleichterten Transport bei Feuersgefahr und ähnlichen Fällen zu sehen. Es wird daher ein alphabetisches Repertorium einzurichten sein, worin die Acten unter den Buchstaben des Namens der Beklagten nach chronologischer Ordnung eingetragen und zugleich die Hinweisungen auf die Schränke und deren zu numerirende Fächer, wo sie reponirt sind, angegeben werden. — Da der Civilrichter in der Regel noch mehre Geschäftszweige zu besorgen hat, so muß ein systematischer Plan die Haupttheile des Archivs angeben, und müssen danach die Schränke und nöthigenfalls die Repertorien getrennt werden. Zweckmäßig erscheint es aber in dieser Beziehung, Generalacten, wohin auch Depositenbücher, Sportelrechnungen 2c. gehören, von den Specialacten zu trennen, und bei diesen, Civilsachen, welche wiederum, je nachdem sie ordinaria, d. h. solche, welche nach dem gewöhnlichen Geschäftsgange vor das Gericht gehören, oder extraordinaria, wie Commissionsacten, sind und erstern Falls, je nachdem sie einzelne Rechtsstreitigkeiten oder die Verhandlungen von Concursen betreffen, zu scheiden sind, von den Untersuchungssachen und denen der Geschäfte der öffentlichen Verwaltung abzusondern.

§. 72.

b) Nebenpersonen auf Seiten der Parteien. A) Einzeln betrachtet, α) ohne Botmäßigkeit über die Partei.

1) Advocaten. a) Begriff und Erfordernisse.

Wir sahen oben, daß die Nebenpersonen auf Seiten der Parteien entweder aus eigenem Interesse an der verhandelten Rechtssache, oder nur als Beistände und Stellvertreter der Parteien auftreten. Betrachten wir nun die letztern hier zunächst, so ist zu diesen vor allen Dingen der Advocat zu zählen. Man versteht unter dem Advocaten [1]) (Fürsprecher, Rechtsfreunde) einen

---

5) Mevius, VII, dec. 193.

1) Tit. tot. D. de postul. (3, 1). Tit. tot. C. de postul. (2, 6). Tit. tot. C.

Rechtsgelehrten, welcher das Recht hat, namens eines Dritten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten schriftliche oder mündliche Vorträge vor Gericht als Partei zu halten, dem also das Recht für einen Dritten zu postuliren zusteht. Ueber das Recht zu postuliren [2]) wurde oben (§. 35, I.) ausgeführt, daß darunter überhaupt das Recht, Vorträge vor Gericht als Partei zu halten, zu verstehen sei, und daher, wenn dieses von Demjenigen, welcher selbst Partei bei einem Rechtsstreite sei, ausgeübt werden solle, die sonstigen Erfordernisse der Befähigung als Partei im einzelnen Falle aufzutreten, z. B. die Sachlegitimation, vorauszusetzen seien, nicht so bei einem Advocaten, der nicht zugleich selbst Partei ist, sondern nur die Rechte einer solchen vor Gericht wahrt, und eben dadurch sich als Nebenperson charakterisirt. Dagegen ist bei dem Advocaten nach neuerm Rechte eine andere Eigenschaft, die Legitimation zur Praxis, d. h. die vom Staate verliehene Befugniß, in der angegebenen Weise einer Partei vor Gericht in einem bürgerlichen Rechtsstreite beizustehen, vorauszusetzen (§. 36, I., 1). — Was aber die Befähigung zu den Geschäften eines Advocaten im Allgemeinen betrifft, so sind als natürliche Erfordernisse dazu: Rechtskenntnisse [3]), Fähigkeit Rechtverhältnisse richtig zu beurtheilen, und Liebe zur Gerechtigkeit, endlich aber die körperliche Befähigung sich auszudrücken, zu betrachten. Das positive Recht älterer wie neuerer Zeit setzt dagegen noch andere Erfordernisse voraus, so versagt das Römische Recht [4]) die Habilität zur Advocatur den

---

de advocatis diversor. judiciorum (2, 7). Tit. tot. C. de advocatis diversor. judicum (2, 8). Außer den im Compendium, Note *) citirten Schriften: Archiv für civilistische Praxis, XX, 139; XXI, 101, 222. Beschorner, Reform des Advocatenstandes in Deutschland (Dresden 1840). Steinacker, Aufgabe des Advocatenstandes (Braunschweig 1841). Vergl. Bayer, Civilproceß, §. 94 fg., S. 291 fg. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, Bd. 1, §. 74 fg., S. 220 fg.

2) L. 1, §. 2, D. de postul. (3, 1). Siehe §. 35, Note 1.

3) L. 11, §. 1, C. de advoc. diversor. judicior. (2, 7). L. 3, §. 4, C. de advoc. diversor. judicum (2, 8). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 16, S. 200.

4) L. 1, §. 3, 5, D. de postulando (3, 1); §. 7 J. quib. ex caus. manum. (1, 6). Cap. 5, §. 2, de procur. in VIto (1, 19). L. 1, §. 6, 8; L. 8

Stummen, Blinden, Minderjährigen unter 17 Jahren, den Frauenzimmern, Ehrlosen (Excommunicirten und Ketzern) und Geistlichen; das neuere Recht dagegen gestattet nur denen die Ausübung der Advocatur, welche dazu vom Staate die Concession erhalten haben. Die Erlangung dieser Concession ist jedoch in den verschiedenen Staaten an verschiedene Erfordernisse [5]) geknüpft, deshalb diese Seite des Verhältnisses reine Disciplinarsache der Staatsbehörden ist. — Aber selbst unter der Voraussetzung dieser Concession treten Fälle ein, in denen der Advocat in der Ausübung seiner Befugniß beschränkt ist; so darf kein Advocat das von ihm als Notar oder Richter ausgestellte Document bezüglich ertheilte Erkenntniß anfechten, eher es vertheidigen [6]), der Fiscal nicht gegen den Fiscus Processe führen [7]), soweit sie nicht sein eigenes und seiner nächsten Angehörigen, oder seiner Pupillen Interesse betreffen; die sonstigen Einschränkungen des Römischen und Kanonischen Rechts [8]) können als heutigentags noch gültig nicht betrachtet werden.

§. 73.

b) Deren Rechte und Pflichten.

1. Wenn auch im ältern Römischen Rechte ein dem Mandatscontracte analoges Verhältniß zwischen dem Advocaten und seinen Clienten bestand, indem es damals als eine Sache der Ehre und des Ansehens, nicht des Rechts betrachtet wurde, die Parteien in ihren Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, und je-

---

D. de postul. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O. v. Bülow u. Hagemann, Bd. 3, Erört. 80.

5) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 18, §. 1; Tit. 23, §. 5.

6) L. 4 D. de offic. assess. (1, 22). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 39, §. 2. v. Bülow und Hagemann, Bd. 4, Erört. 51. Glück, Comment., V, §. 364, S. 108 fg.

7) L. 10 D. de postulando.

8) L. 1, §. 11; L. 2, 3, D. de postul. (3, 1); L. 1 C. ne liceat. potent. (2, 14). Cap. 1, 3, X. de postul. (1, 37). Cap. 11 X. de haeretic. (5, 7), wonach es keinem Decurio gegen seine Vaterstadt, keinem Geistlichen gegen die Kirche, Niemandem für einen Ketzer als Advocat aufzutreten gestattet ist.

der römische Bürger dazu befugt, auch gesetzlich, z. B. durch die Lex Cincia (550), angeordnet war, daß es unentgeldlich zu geschehen habe [1]), so wurde doch schon im neuern Römischen Rechte die Advocatur immer mehr ein Nahrungszweig, und einerseits eine Belohnung, die man als volle Entschädigung der aufgewendeten Mühe des Advocaten ansah, auch ohne vorhergegangenes Versprechen zu fordern gesetzlich gestattet [2]), andererseits aber nicht allein die Höhe derselben durch ein gesetzliches Maß regulirt [3]), sondern auch den Magistraten eine Dienstaufsicht über die Thätigkeit der Advocaten mit dem Rechte, den pflichtwidrig handelnden Advocaten mit Geldstrafe, Suspension, ja Entziehung der Erlaubniß zur Praxis zu belegen [4]), gegeben. Aehnliche Bestimmungen finden sich, wenn auch zerstreut, in den Reichsgesetzen, namentlich in Ansehung der zu fordernden Belohnung und des Aufsichtsrechts der Gerichte. Indem so das Verhältniß des Clienten zu dem Advocaten in der Regel auf einem onerosen Vertrage beruhte, hielt der Staat in neuerer Zeit es um so mehr geboten, aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse, was er bei deren Amtsverrichtungen deshalb hat, damit sie nicht, verleitet durch ihr Geldinteresse, einer prompten und geraden Rechtspflege Hindernisse in den Weg legen oder ihre Zwecke durch illegale Mittel zu erreichen suchen, durch specielle gesetzliche Vorschriften einmal die Höhe der zu beanspruchenden Belohnung, dann aber die Aufsichtsbefugnisse der Behörden bestimmt zu regeln. Dies hat denn dahin geführt, daß fast in allen einzelnen Territorien Advocatenordnungen als eigene separirte Gesetze erschienen sind, worin für deren Bemühungen specielle Taxordnungen aufgestellt, und ihre dienstlichen Verhältnisse zu den Behörden, namentlich rücksicht-

---

1) v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 196 fg. Keller, Römischer Civilproceß, S. 236 fg.

2) L. 1, §. 12, D. de extraord. cogn. (50, 13). L. 13, §. 9, C. de judic. (3, 1).

3) L. 3, 5, C. de postulando (2, 6). L. 2 C. de lucr. advocat. (12, 62).

4) L. 9 pr., §. 1—4, D. de poenis (48, 19). L. 6, §. 1. L. 8, D. de postulando (3, 1). L. 13, §. 9, C. de judic. L. 1, 5, 7, C. de postul. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 202.

lich des Aufsichts- und Disciplinarstrafrechts dieser, geordnet werden. Da nun hiernach die Advocaten als eine Gattung der Staatsdiener, wie namentlich auch aus deren Anstellung durch den Staat, aus der Zulassung zur Praxis und den vorher zu erfüllenden Bedingungen folgt, anzusehen sind, kann auch der Umfang der Rechte und besonders der Pflichten derselben jetzt nicht allein aus jenem onerosen Vertrage mit dem Clienten, sondern muß daneben auch aus der Dienstinstruction beurtheilt werden, welche der Advocat bei seiner Concessionirung vom Staate in Gesetzen erhielt, welche jenes öffentliche Interesse im Auge haben, zugleich aber, wo es nothwendig erscheint, durch dieses und den Zweck seiner Functionen ergänzt werden. Der Advocat wird daher auch schon nach gemeinem Rechte [5]) durch einen abzulegenden Amtseid zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten, welche auch auf den Gegner sich erstrecken, noch besonders angehalten.

II. Unter den **Pflichten** des Advocaten ist aber als die erste die zu betrachten: wissentlich keine ungerechte, also nur eine solche Sache zu übernehmen [6]), welche er nach seiner subjectiven Ueberzeugung für gerecht hält. Vor Uebernahme eines Rechtsstreits hat er daher den ihm vorgetragenen Fall sowol nach den einschlagenden Rechtsgrundsätzen, als nach seinen factischen Unterlagen zu prüfen, und daraus seine subjective Ueberzeugung, die allein beim Beginne eines Rechtsstreits für die Beurtheilung der Gerechtigkeit einer Sache maßgebend sein kann, sich zu bilden. Ist die Rechtsfrage klar, so hat das keine Schwierigkeiten, ist dagegen die Rechtsfrage streitig, so kann ihn nur seine individuelle Ueberzeugung bestimmen, mag es ihm gleich bekannt sein, daß die entgegengesetzte Ansicht von dem Gerichte, ohne Gewohnheitsrecht zu sein, adoptirt wird. Doch muß er im letztern Falle dies, als rechtlicher Mann, seinem Clienten eröffnen, da es auf den Vortrag großen Einfluß hat, ob man mit Ueberzeugung oder

---

5) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 64. Vergl. Bayer, a. a. O., S. 300 fg.

6) L. 14, §. 1, C. de judic. (3, 1) — quod verum et justum existimaverint. Jüngster Reichsabschied, §. 43, 120 a. E. Bayer, a. a. O., S. 298.

dagegen schreibt. Anders als nach der subjectiven Ueberzeugung des Advocaten bestimmt sich die Gerechtigkeit der zu übernehmenden Sache rücksichtlich der factischen Unterlagen [7]). Denn die Wahrheit der Erzählung des Clienten darf der Advocat, sobald ihm nicht auf anderm Wege das Gegentheil sicher bekannt ist, voraussetzen, mag auch die Erzählung unwahrscheinlich klingen, und ihm gereicht es nicht zum Vorwurfe, wenn sie nachher als unwahr dargethan wird. Denn einmal würde, wenn der Advocat seinem Clienten nicht ohne Beweis glauben dürfte, mancher Unterdrückte ohne Beistand sein, da die Aufsuchung der Beweise selbst Rechtserkenntnisse erfordert; dann aber ist es nicht wahrscheinlich, daß der Client zum eigenen Nachtheile lügen würde, und endlich könnte sonst kein Vertrauen zwischen dem Clienten und Rechtsfreunde stattfinden. Um jedoch nicht das Organ von Unwahrheiten zu werden und deshalb selbst in Culpa zu sein, soll der Advocat seinen Clienten nicht nur ermahnen die Wahrheit zu sagen, und zwar um so eindringlicher, je unwahrscheinlicher die Sache ihm erscheint, sondern auch nach den einzelnen Beweismitteln, welche dem Clienten zu Gebote stehen, fragen, und diese nach ihrem juristischen Werthe prüfen, zu dem Ende aber die Beweisurkunden lesen, die Zeugen durch Dritte befragen lassen und den Augenschein, wo er erforderlich oder dienlich ist, einnehmen. Je offenbarer gerecht sich dann aber die angetragene Sache in jeder Beziehung erweist, um so rathsamer ist dann noch die Erforschung der Weigerungsgründe des Gegners.

III. Hat sich aber der Advocat von der Gerechtigkeit der ihm angetragenen Sache überzeugt, dann ist es seine Pflicht, sie ohne weitere Rücksicht als auf seine Kräfte und den möglichen Erfolg, gleichviel ob für Geringe oder Vornehme, Arme oder Reiche, zu übernehmen [8]) und sie so gut wie seine eigene zu betreiben. Den Armen aber soll er gleich den Gerichten die Deserviten und Copialien creditiren, was in der Regel nach einem Turnus unter den verschiedenen Advocaten, die bei einem Gerichte

---

7) Weber, Ueber Injurien, III, 182. v. Berg, Rechtsfragen, III, 23, S. 259.

8) L. 9, §. 5, D. de offic. procon. (1, 16). L. 7 C. de postul. (2, 6).

prakticiren [9]), geschieht. Bei der Durchführung der Sache ist es aber seine Pflicht, unter Darlegung der entgegenstehenden Schwierigkeiten, auch des möglicherweise fruchtlosen Ausganges des Processes, zum Vergleich zu rathen und, sobald sein Client nicht entgegentritt, Vergleichsversuche einzuleiten; sind diese jedoch erfolglos oder nicht rathsam, dann auf dem sichersten [10]) und kürzesten [11]) Wege die Sache anzugreifen, mit Treue [12]), Fleiß, Sorgsamkeit bei Gericht prompt zu betreiben und zu Ende zu führen, dabei aber stets die nöthige oder verlangte Verschwiegenheit zu bewahren. Um diesen Pflichten zu genügen, muß der Advocat, sobald es unthunlich ist die günstigere Rolle des Beklagten zu übernehmen, sich die im einzelnen Falle concurrirenden Klagen und deren rechtliche Natur vergegenwärtigen, von den mehren aber diejenige wählen, womit am sichersten und leichtesten der Zweck erreicht wird, weil entweder der Beweis die wenigste Schwierigkeit verursacht, oder am meisten damit erlangt wird, oder die wenigsten Einreden zu besorgen sind; bei mehren Beklagten aber gegen denjenigen die Klage richten, bei welchem man zuerst den Zweck erreichen zu können hoffen darf; sodann den Beweis vorbereiten, Editionen von Urkunden suchen, Zeugen zum ewigen Gedächtnisse vernehmen lassen, präparatorische Schritte, z. B. wegen Feststellung eines Schadens, welcher nach beendigtem Hauptprocesse zu fordern ist, einleiten; endlich aber in keinem Falle mehr Sachen übernehmen, als er gehörig durchzuführen vermag. — Die einmal übernommene Sache darf der Advocat nicht ohne besondern Anlaß wieder aufgeben [13]). Als ein solcher aber ist nur zu betrachten, wenn in der bürgerlichen Stellung des Advo-

---

9) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 19, §. 5. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 12.

10) Weber, Beiträge, St. 2, Abh. 10.

11) Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 3.

12) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 115. L. 1 D. de praevar. (47, 15). v. Bülow u. Hagemann, Bd. 6, Erört. 48, S. 221 fg. Vergl. Schmid, Handbuch, I, 228—230.

13) L. 13, §. 9, C. de judic. (3, 1). Necessitate advocatis imponenda ex quo litem peragendam susceperint eam usque ad terminum (nisi lex, vel justa causa impediat) implere, ne ex eorum recusatione fiat causae dilatio. Authent. Hodie, §. 1 ad L. 14 ibid. Strube, Bd. 1, Bed. 172.

caten eine Veränderung eintritt, wenn der Client ihm Mistrauen beweist, wenn der Advocat hinterdrein [14]) die Ueberzeugung von der Ungerechtigkeit der von ihm vertheidigten Rechtssache erlangt.— Von allen denjenigen Schriften, welche einen einzelnen Rechtsstreit betreffen, mögen es eigene oder die des Gegners sein, hat der Advocat eine Sammlung anzulegen, die sogenannten Manualacten [15]), theils um der Nachricht vom Stande der Sache und der Möglichkeit gründlicher Arbeit willen, theils um daraus die öffentlichen Acten, wenn sie verloren gegangen oder durch Unglücksfälle vernichtet sein sollten, redintegriren zu können, theils endlich Behufs der Information neuer Rechtsbeistände. Diese Actensammlung muß möglichst vollständig sein, so daß man daraus mit Zuversicht Alles sehen kann, sowol was die einzelnen Proceßhandlungen, als was den Gang des Ganzen betrifft; die Concepte müssen daher darin getreu und leserlich, die Abschriften genau, die Tage der Expedition einer Schrift und des Eingangs einer Gerichtsverfügung notirt, sowie alle Notizen, welche zur Information angegeben worden sind, darin enthalten sein. Zu leichterer Uebersicht und größerer Bequemlichkeit muß aber bei der Ordnung der einzelnen Theile die Chronologie beobachtet werden. Das Eigenthum an den Manualacten steht dem Clienten des Anwalts, wie bei allen in fremdem Namen gemachten Specificationen, zu; der Advocat dagegen hat daran bis nach Bezahlung des ihm zukommenden Honorars ein Retentionsrecht [16]). — Die Erfüllung der nur aufgezählten Pflichten des Advocaten wird durch die Verpflichtung desselben zum Ersatze des durch deren Vernachlässigung verursachten Schadens dringend eingeschärft. Ueber den Grad der Verschuldung, für welche der Advocat einzustehen hat, weichen die Ansichten der Rechtsgelehrten von einander ab, indem die Einen [17]) behaupten, der Advocat habe nur

---

14) Jüngster Reichsabschied, §. 43.

15) Jüngster Reichsabschied, §. 65. Westphal, Rechtsgutachten, I, §. 28, S. 124.

16) Arg. L. 25, 26, D. de procur. (3, 3). Visitationsmemoriale vom 18. Mai 1574, §. 4, 9. Tafinger, Inst., §. 212 n. i.

17) Gensler, Commentar, I, 114, E, nach L. 1 D. si mensor. (11, 6); L. 2 D. de jur. et fact. ignor. (22, 6), indem er die in Note i des

für dolus und lata culpa zu haften, während die Andern[18]), nach der richtigern Ansicht, ihn auch für den durch das geringste Versehen verursachten Schaden haftpflichtig sein lassen.

IV. Kommen in den Vorträgen, welche ein Advocat für eine Partei dem Gerichte übergibt, Irrthümer in der Rechtsausführung vor, so hat der Richter die Pflicht, diese aus dem gemeinen Rechte zu verbessern[19]). Betreffen dagegen diese Irrthümer die factischen Unterlagen des Rechtsstreits, so können diese nur durch die Partei selbst[20]), welche sich dabei auch desselben Advocaten bedienen kann, der in seinen Vorträgen den Fehler gemacht, da man ja eigene Irrthümer stets selbst revociren kann, verbessert werden, jedoch unter folgenden Einschränkungen. In keinem Falle können rechtskräftige Entscheidungen unter diesem Vorwande angefochten werden[21]), wenn nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen gesucht wird. Ist dagegen die Rechtskraft einer Entscheidung noch nicht eingetreten[22]), so kann, wenn der Irrthum in Gegenwart der Partei vom Sachwalter begangen

---

Comp. citirten Stellen auf „wissenschaftliche Geschäfte" als unanwendbar bezeichnet.

18) Der in L. 14, §. 1, C. de judic. (3, 1) enthaltene Advocateneid sagt: „Quod *omni* quidem virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint clientibus suis inferre procurabunt; *nihil studii* reliquentes, quod sibi possibile est." — Arg. L. 8, §. 1, D. ad leg. Aquil. (9, 2). Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. Arg. L. 13 C. mandati (4, 35). A procuratore dolum et omnem culpam — praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur. Hasse, Culpa, S. 314 fg. Glück, Commentar, IV, §. 324 b, S. 355 fg.; V, §. 365, S. 110. Kritz, Von der Culpa, S. 109 fg.

19) L. un. C. ut quae desunt advocatis partium judex suppl. (2, 11). Reichsdeputationsabschied v. 1600, §. 30. Siehe §. 63, II.

20) A. D. Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung, §. 88 fg. Glück, Commentar, V, §. 368, Note 19.

21) L. 7 C. de jur. et facti ign. (1, 18). Cap. fin. X. de confessis (2, 18). Cap. 2 X. de in integr. restit. (1, 41).

22) Ueber die abweichenden Ansichten von Weber, a. a. O.; Grolman, Theorie, §. 67; Linde, Abhandlungen, I, 152 fg.; Lotz, im Archiv für civilistische Praxis, III, 101 fg.; Thibaut, System, III, §. 1092; Brackenhöft, Archiv für civilistische Praxis, XX, 366 fg., vergl. Schmid, Handbuch, I, 232 fg.

oder in einer von dieser selbst unterzeichneten Schrift enthalten ist, die Partei binnen drei Tagen ohne weitern Nachweis die irrige Erklärung widerrufen, nach jener Zeit aber nur, wenn von ihr zugleich der Beweis, daß die Erklärung eine irrige war, geführt wird. War dagegen der Irrthum von dem Sachwalter allein, in Abwesenheit der Partei [23]), oder in einer von dieser nicht selbst unterzeichneten Schrift begangen, so ist der Widerruf sowol bis zum Schluß des Verfahrens (conclusio in causa) als in der Instanz der Rechtsmittel zulässig, wenn die Partei innerhalb dreier [24]) Tage nach erlangter Kenntniß von dem Irrthum ihn widerruft, und falls sie den Widerruf bis zum Schlusse des Verfahrens aussetzt, den Beweis erbringt, daß ein Irrthum vorliege.

§. 74.

Fortsetzung.

I. Den im vorigen Paragraphen aufgezählten Pflichten des Advocaten gegen seinen Clienten, correspondirt das ihm zustehende **Recht**, von letzterm eine Vergeltung für seine Mühe (Deservit), mag auch der Rechtsstreit verloren gegangen sein, zu fordern [1]). Die Höhe dieses Deservits ist jetzt in den meisten Ländern durch specielle gesetzliche Bestimmungen geregelt. Wo dies nicht der Fall, ein gültiges vertragsmäßiges Abkommen aber zwischen dem Advocaten und seinem Clienten nicht getroffen worden ist, bleibt es dem Richter überlassen, die Höhe des Honorars zu bestimmen,

---

23) Cap. fin. X. de confess. cit. Glück, a. a. O.

24) Ob diese drei Tage jetzt nicht durch das Decendium ersetzt worden seien, ist zweifelhaft. Vergl. Glück, a. a. O., S. 114, Note „Uebrigens“ u. s. w.

1) L. 13, §. 9, C. de judiciis. L. 1, §. 10, D. de extraord. cognit. (50, 13). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 46, §. 1, 2. Quistorp, Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Nr. 6. Derselbe, Rechtliche Bemerkungen, I, Abh. 17. Gesterding, Ausbeute, II, 296 fg. Strube, Bd. 2, Bed. 31. Jordan, Archiv für civ. Praxis, XII, 196 fg. Schmid, Handbuch, I, 237 fg. Bayer, Civilproceß, §. 100 fg., S. 307 fg. Martin, Rechtsgutachten des Spruchcollegiums in Heidelberg, I, 346 fg.

bezüglich das angesetzte zu ermäßigen. Zuständig ist hierzu während der Dauer des Processes nur der Richter in der Hauptsache (§. 55), wogegen nach Beendigung dieser der ordentliche Richter des Clienten nach der Praxis electiv damit concurriren soll, sobald dann die Manualacten mit vorgelegt werden. Der Richter hat hierbei für die Information einen Ansatz zu gestatten, im Uebrigen, unter Hinweglassung des Ueberflüssigen, nach dem Maße der geschehenen Leistung den Betrag festzustellen [2]). — Für den Fall vertragsmäßiger Vereinigung zwischen dem Clienten und Advocaten über die Höhe des Honorars ist nach gemeinem Rechte dem Advocaten bei Strafe des Verlustes der Erlaubniß zu prakticiren verboten, sich Procente vom Gewinne an Stelle des Honorars versprechen zu lassen [3]), sowie der rechtsbegründete Anspruch auf ein vor beendigtem Rechtsstreite versprochenes Palmarium [4]) außer dem Honorar entzogen. Erfolgt dagegen das Versprechen eines solchen erst nach beendigtem Rechtsstreite, und übersteigt dasselbe mit dem Honorar zusammen die Summe von Hundert Ducaten [5]) nicht, dann hat der Advocat das Recht, dasselbe einzufordern. Die vertragsmäßige Festsetzung eines Aversionalquantums für die Bemühungen des Advocaten ist gestattet, sofern dasselbe Hundert Ducaten nicht übersteigt. Der Advocat kann dieses selbst dann in Anspruch nehmen, wenn der Rechtsstreit durch Vergleich oder auf andere Weise ohne förmlichen Austrag, z. B. durch den Tod des Clienten, beendigt wird; die Erben desselben können dagegen, wenn dieser Fall nicht bei Leb-

---

2) Cap. 1, 2, de foro in VI^{to} (2, 2). Gesterding, a. a. O., S. 288 fg.

3) L. 53 D. de pact. (2, 14). L. 5 C. de postul. (2, 6). Strube, Bd. 1, Bed. 104. Gottfr. Ph. v. Bülow, Abhandlungen, Th. 1, Nr. 3, S. 155 fg.

4) L. 1, §. 12, D. de extraord. cogn. Kammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 46, §. 1. Deputationsabschied v. 1557, §. 50. Pfeiffer, Praktische Ausführungen, I, 339 fg. Ueber die Auslegung der L. 1, §. 12, D. de extraord. cogn. Jordan im Archiv für civilistische Praxis, XII, 11, S. 210 fg. Bayer, a. a. O., S. 315, nimmt die Beseitigung des Römischen Rechts durch die Reichsgesetze und überhaupt Unstatthaftigkeit dieses Vertrags an. Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Schmid, a. a. O., S. 239 fg.

5) Das Fortbestehen dieser Einschränkung leugnen Gans, Vom Amte des Fürsprechers, S. 186; Jordan, a. a. O., S. 216.

zeiten des Advocaten eingetreten ist, nur einen Theil davon, nach Verhältniß der gehabten Mühwaltung des Advocaten, fordern. Ist jedoch das Aversionalquantum voraus bezahlt, dann kann das Gezahlte auch nicht antheilig von den Erben des Advocaten zurückgefordert werden [6]). Ist dem Advocaten für seine Bemühungen von dem Clienten ein Jahresgehalt vertragsmäßig zugesichert worden, dann kann, wenn der Advocat vor Ablauf des Jahres stirbt, der Gehalt aber pränumerirt ist, dieser nach Verhältniß der übrigen Theile des Jahres von dessen Erben zurückgefordert werden [7]); bei dem Anwalte des Fiscus findet jedoch ein gleiches Rückforderungsrecht nicht statt [8]). Wird das Honorar für die einzelnen Handlungen vertragsmäßig festgestellt, so ist eben nur für diese Zahlung zu leisten, und steht im Falle der Vorauszahlung dem Clienten das Recht zu, das Mehrgezahlte zurückzufordern. — Auch in den Fällen, wo der Advocat eine eigene Sache führt, kann er von dem unterliegenden Gegner Erstattung der anzusetzenden Deserviten als Entschädigung für die gehabte Mühe verlangen [9]). — Wie schon im Römischen Rechte [10]) der Advocat das Recht hatte, sein verdientes Honorar alsbald durch die Executoren des Gerichts beitreiben zu lassen, so werden auch jetzt noch die Streitigkeiten über Bezahlung verdienter Deserviten summarisch behandelt. Dem Advocaten aber wird endlich nach der Praxis wegen seiner Gebührenforderung ein Retentionsrecht [11]) an allen in seinen Händen befindlichen Acten und Urkunden seines Clienten eingeräumt.

II. Im Gegensatze dieses privatrechtlichen Rechtsverhältnisses des Advocaten zu seinem Clienten ergeben sich aus der öffentlichen

---

6) L. 1, §. 13, D. de extraord. cognit. L. 2 C. de fideicom. (6, 42). L. 4 C. de usur. (6, 47).

7) Arg. L. 10 pr. D. de ann. leg. (33, 1). Strube, Bd. 2, Bed. 122.

8) L. 15, §. 1, C. de adv. div. judicior. (2, 7).

9) Strube, Bd. 2, Bed. 31. Glück, Commentar, Bd. 5, §. 369, Note 36. Gesterding, a. a. O. Busch, im Archiv für civilistische Praxis, XVII, 2, S. 271 fg. Thon, Rechtsfragen, I, 23, S. 307 fg.

10) L. 13, §. 9, i. f. C. de judic. (3, 1).

11) Arg. L. 25, 26, D. de procur. (3, 3). Glück, a. a. O., §. 372, Note 59. v. Bülow u. Hagemann, Bd. 1, Erört. 70.

Stellung desselben die Pflichten gegen den Gegner und das Gericht. Dem erstern und dessen Anwalte gegenüber hat er Redlichkeit und Schonung nicht allein bei dem Vortrage an sich kränkender Thatsachen, sondern überhaupt zu beobachten, deshalb sich aller unnöthig bittern, ehrverletzenden Schreibart zu enthalten [12]). Dem Gerichte aber ist er Achtung selbst dann schuldig, wenn er mit dessen Verfügungen unzufrieden [13]) ist, daher auch verpflichtet, sich jeder beleidigenden Ausdrücke zu enthalten. Verletzt er diese Pflichten, dann setzt er sich in beiden Fällen Rügen bezüglich Strafen von Seiten des Gerichts [14]), dem er ohnehin für alle mit der Hauptsache im Zusammenhange stehenden Verfügungen durch Führung des Rechtsstreits unterworfen ist, aus. — Von dem Advocaten, als solchem, wird der Beweis der übertragenen Rechtsvertretung nicht begehrt [15]).

§. 75.

2) Von Procuratoren, a) deren Rechtsverhältniß.

I. So lange die Verhandlung eines Rechtsstreits mündlich geschieht, fällt der Unterschied zwischen dem Procurator [1]), Anwalt, und dem Advocaten leicht in die Augen. Denn da alsdann die Partei, der Client, nebst dem Advocaten erscheinen, letzterer nur für jenen reden muß, und es sich doch zuträgt, daß jener zu erscheinen verhindert wird, so muß für jenen noch ein Stellver-

---

12) L. 6, §. 1, C. de postul. (2, 6). Reichspolizeiordnung v. 1577, Tit. 33. A. D. Weber, Ueber Injurien, I, §. 7, 11; III, §. 20, S. 133 und Note 2a, S. 134.

13) L. 8 D. de appell. et relat. (49, 1).

14) Kammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 35, §. 5. Jüngster Reichsabschied, §. 165. v. Bülow u. Hagemann, Bd. 7, Erört. 34. Gesterding, a. a. O., S. 261 fg., 269 fg.

15) v. Bülow u. Hagemann, Bd. 1, Erört. 77, 78. Gensler, Handbuch, I, S. 108, Note 19.

1) Ueber das Römische Recht siehe v. Bethmann-Hollweg, Versuche, Abh. 3, S. 138 fg. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 155 fg. Keller, Römischer Civilproceß, §. 54, S. 232 fg. Glück, Commentar, V, §. 386, und die dort Genannten. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 78—81, S. 243. Bayer, Civilproceß, §. 102—118, S. 307 fg.

treter erscheinen, sonst wäre ein Mund ohne den übrigen Körper da. Dieser Repräsentant der Partei heißt Procurator, hat aber mit den Vorträgen für den Principal nichts zu thun. Seitdem aber das schriftliche Verfahren im Civilprocesse eingeführt ist, nimmt der Principal an den Vorträgen noch weniger Theil als ehemals; daher hindert eine ihn treffende Abhaltung weniger, und daher braucht er, wie es scheint, noch seltener einen Stellvertreter. Allein mit dem schriftlichen Verfahren wurde die Unterschrift des Clienten unter jedem an das Gericht gerichteten schriftlichen Aufsatze (§. 99), noch außer der des Verfassers, mit Recht für nöthig erklärt; mithin ein Stellvertreter der Partei nicht nur dann nöthig, so oft, trotz des schriftlichen Verfahrens, mündliche Verhandlungen vor Gericht in Terminen statthaben sollen, die Partei aber nicht erscheinen kann, oder, erlaubterweise, nicht erscheinen will, sondern auch so oft die Partei Proceßschriften, welche für sie einzureichen sind, nicht unterschreiben kann oder will. Es machte sich daher die Thätigkeit eines Procurators auch bei dieser Umgestaltung des Verfahrens nothwendig, mochte sie mit der des Advocaten in einer Person vereinigt, oder von dieser getrennt sein.

II. Mit diesem Anlasse zum Gebrauche der Procuratoren hängt nun auch die Verschiedenheit ihrer Functionen im Processe von denen eines Advocaten natürlich zusammen. Denn der Advocat hat, als solcher, nur Vorträge, schriftliche oder mündliche, zu halten, also den Gegenstand des Rechtsstreits zu behandeln, der Procurator hingegen nur den eigentlichen dominus litis, die Partei, zu repräsentiren[2]), nicht aber für sie zu postuliren, also selbst in Terminen nur solche Erklärungen abzugeben, welche die Partei selbst, wenn sie mit dem Advocaten erschienen wäre, hätte abgeben können. Dem Procurator liegt mithin nur die Wahrung der Form ob, so daß derselbe beim schriftlichen Verfahren für

2) L. 1 pr. D. de procur. (3, 3). Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Bei Streitgenossen steht es in der Regel Jedem frei, einen eigenen Anwalt anzunehmen, wenn nicht der Rechtsstreit ursprünglich von einer Person eingeleitet ist, und hinterdrein mehre Personen an die Stelle des Einen treten, oder accessorisch interveniren. Martin u. Walch, Magazin, S. 205 fg.

die äußere Form der einzureichenden schriftlichen Aufsätze, z. B. Beobachtungen der Titel, Benutzung des Stempelpapiers, für den Inhalt dagegen nur soweit verantwortlich ist, daß er keine Beleidigungen stehen lassen darf. Der Procurator, als solcher, nicht der Advocat, empfängt daher auch die zu behändigenden gerichtlichen Verfügungen, notirt deren Empfangstag, läßt sich die Eröffnung von Urtheilen und Zeugenrotuln geschehen, leistet die erkannt werdenden Eide, soweit dies rechtlich möglich ist [3]), nimmt etwaige Zahlungen für die Partei in Empfang, und bezahlt die Gerichtssporteln, weshalb er in der Regel im Gerichtsbezirke wohnen muß. Der Procurator überreicht ferner dem Gerichte die vom Advocaten verfertigten, ihm zugesendeten und von ihm unterschriebenen Schriften, und ist deshalb verpflichtet, die Fatalien aller Art und sonstigen Fristen zu beobachten. Der Advocat dagegen steht, rücksichtlich der schriftlichen Vorträge, in einer nur mittelbaren Beziehung zum Richter, und hat, als solcher, keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Verfahrens. Der Procurator, als Repräsentant der Partei, muß daher in der Regel von der Partei Auftrag zu ihrer Vertretung nicht nur haben, sondern auch nachweisen [4]), während der Advocat, an sich, stets stillschweigend legitimirt ist. Vermag aber der Procurator den Nachweis des erhaltenen Auftrags nicht alsbald zu erbringen, so hat er Caution dafür, daß der Principal seine Handlungen für denselben genehmigen werde, zu bestellen [5]). Es kann daher auch Niemand in eigener Sache Procurator, also Partei und Procurator zugleich, sein, während die Rolle eines Advocaten mit der der Partei wohl vereinbar ist. — Die Functionen des Procurators setzen daher den Nachweis von Rechtskenntnissen, welche das wesentliche Erforderniß eines Advocaten sind, ebenso wenig als die Concession des Staats regelmäßig voraus, so daß, wenn in einzelnen Ländern, namentlich bei höhern Gerichten, eine bestimmte Zahl von Pro-

3) Nach Römischem Rechte in der Regel nicht: L. 12, §. 4, C. de reb. cred. (4, 1), nur mit Einwilligung des Gegners: L. 9, §. 6; L. 42, §. 2, D. de jurejur. (12, 2); nach Kanonischem Rechte jedoch der Gefährdeeid auf dem Grunde specieller Vollmacht: Cap. 3 X. de juram. cal. (2, 7); Cap. 3 de juram. cal. in VI^{to} (2, 4); Cap. 2 de testib. et attest. in VI^{to} (2, 10).

4) L. 24 C. de procurator. (2, 13). Jüngster Reichsabschied, §. 42.

5) L. 1 C. de procurator. L. 23 D. de admin. tut. (26, 7).

curatoren besonders angestellt ist, dies als Ausnahme von der Regel betrachtet werden muß. Im Allgemeinen ist daher nach gemeinem Rechte Jeder fähig, die Stelle eines Procurators zu versehen [6]), sobald nicht geistige oder leibliche Mängel, oder die Rücksicht auf den einzelnen Fall ihn daran verhindern. Zu den durch die erstere Rücksicht Unfähigen rechnet das gemeine Recht [7]) die Stummen, Blinden, Geistesschwachen, Minderjährigen, die Frauen [8]), insofern sie nicht für Aeltern, Kinder, Ehegatten und subsidiär für Brüder auftreten, und die Verschwender. In der letztern Beziehung erscheinen richterliche Beamte, der Fiscal, in Untersuchung Befangene [9]) bis nach beendigter Untersuchung, Ehrlose [10]), Soldaten [11]), sofern es sich nicht von eigenen Angelegenheiten oder denen ihrer Compagnien handelt, und Geistliche [12]), mit Ausnahme der Angelegenheiten der Kirche und mitleidswürdigen Personen, als unfähig zu den Functionen eines Procurators. — Insofern ein Procurator eine moralische Person vertritt, wird er Syndicus [13]) genannt, Actor [14]) aber, wenn er ohne Zuziehung des Eigners des Processes von einem Andern ernannt ist, der selbst nicht Procurator war und doch das Recht hatte, einen Stellvertreter zu ernennen, z. B. dem Tutor.

III. Was nun das Rechtsverhältniß des Procurators zunächst zum Gegner betrifft, so war dies nach Römischem Rechte, in

6) L. 1 de procur. in VI[to] (1, 19). Zimmern, a. a. O., §. 163.

7) Vergl. Glück, a. a. O., S. 252.

8) §. 11, J. de except. (4, 14). L. 41, 54, pr. D. de procur. (3, 3). L. 2 D. de reg. jur. L. 4, 18, C. de procur. (2, 13). L. 3, §. 2, D. de liberali causa. (40, 12).

9) L. 6 C. de procur.

10) In §. 11 i. f. J. de except. (4, 14) ist dies zwar aufgehoben, nach Kanonischem Rechte aber muß es, sobald die Infamie unzweifelhaft ist, für geltend angesehen werden. Can. 1, 2, caus. 3 qu. 7. Stryk, Usus mod. pand. III, 3, §. 19, 20.

11) L. 7 C. de procur., §. 11, J. de except. L. 54 pr. D. de procur. L. 5 C. de condict. (4, 6). Ueber die Ausnahmen L. 7, 9, C. de procur. L. 8, §. 2, D. ibid.

12) Nov. 123, cap. 6. Cap. 2, 4, X. ne cler. vel mon. (3, 50).

13) L. 1, §. 1; 2, 4, 5, 6, pr. §. 1 D. quod cujusc. univers. nom. (3, 4). Glück, a. a. O., §. 408. Bayer, a. a. O., §. 112, S. 337.

14) L. 11 C. de procur. Tit. C. de act. a tut. s. curat. dando (5, 61). Glück, a. a. O., §. 391.

Folge der steifen Formeln desselben und der im Anfange des Rechtsstreits stattfindenden Stipulationen, aus einem fingirten dominium litis, welches dem Procurator nach der Litiscontestation zugeschrieben wurde, zu beurtheilen. Auch im Kanonischen Rechte und den Reichsgesetzen fand dies insofern Bestätigung, als dort Vollmachten vorgeschrieben sind, in welchen Alles enthalten ist, was aus dem Dominium des Rechtsstreits gefolgert werden muß [15]). Ein Nebenzweck jener Fiction war wol, die ungestörte Fortsetzung des Processes bis zur Execution zu sichern, weshalb diese Fiction da wegfällt, wo dieser Zweck nicht mehr vorliegt [16]), z. B. bei Vergleichen, Empfang von Zahlungen, so daß dann immer der Nachweis eines besondern Auftrags erforderlich ist. Nach dem heutigen Rechte [17]) kann man aber auch das Verhältniß des Procurators zum Gegner nicht mehr aus der dem Römischen Rechte eigenen Rechtsfiction des dominium litis herleiten, sondern nur aus der Repräsentation der Partei durch den Procurator. — Dagegen ist das Rechtsverhältniß desselben 2) zu dem Principale [18]) nicht aus jener Fiction zu beurtheilen, weil dann auch der Grundsatz gelten müßte, daß es gestattet sei, die eigene Sache zu vernachlässigen, und deshalb der Principal nie wegen Vernachlässigungen des Procurators gegen diesen Ansprüche erheben könnte. Der Grund des Rechtsverhältnisses des Procurators zu der Partei, welche er vertritt, ist daher, besonders bei Procuratoren, welche dergleichen Geschäfte nicht des Erwerbes wegen betreiben, ein wahrer Mandatscontract, außerdem ein Innominatvertrag. Rücksichtlich der von ihm besorgten Geschäfte aber gebührt ihm zum wenigsten Schadloshaltung [19]) für

---

15) L. 22, 23, C. de procur. Cap. 1, de procur. in VI^to. Reichsabschied von 1570, §. 100. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 73. Böhmer, Jus eccl. prot., lib. I, tit. 38, §. 47. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 154 fg. Keller, a. a. O. Bayer, a. a. O., §. 115—117, S. 352.

16) L. 1 C. de sent. et interl. (7, 45). L. 28, 60, D. de procur. (3, 3).

17) Vergl. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 240, welcher jedoch noch weiter geht.

18) Bayer, a. a. O., §. 113.

19) L. 27, §. 3; L. 56, §. 4, D. mandati (17, 1). L. 4 C. eod. (4, 35).

alle gehabten Aufwände und Verläge Seiten der Partei, welche er vertreten hat, in der Regel aber, und bei Allen, welche aus der Betreibung eines solchen Geschäfts ein Gewerbe machen, oder vom Staate für einzelne Gerichte allgemein zur Besorgung von dergleichen Geschäften ernannt sind, ohne besonderes Versprechen, außerdem ein Honorar [20]), ebenso wie dem Advocaten. — 3) Dem Gerichte endlich gegenüber hat der Procurator die Pflicht zur Zahlung der Sporteln und zur Anzeige von allen in der Person der von ihm vertretenen Partei vorkommenden Veränderungen [21]). — Dem Procurator steht aber endlich das Recht zu, nach der Litiscontestation durch einen Stellvertreter zu handeln [22]), sowie alle übrigen Handlungen in einem Rechtsstreite vorzunehmen, welche zwar nicht zur eigentlichen Rechtsvertheidigung gehören, aber zur Ordnung des Geschäfts und Abwendung jeden Nachtheils vom Gewaltgeber dienen, sofern sie nur nicht zu denen gehören, welche einen besondern Auftrag deshalb erfordern [23]), weil sie wichtigerer Art sind, nur zufällig, nicht nothwendig bei dem gewöhnlichen Proceßgange vorkommen, und deshalb in der allgemeinen Vollmacht nicht mitbegriffen sind. — Mit dem Ableben der Partei, welche der Procurator vertrat, erlischt nicht ohne Weiteres seine Vertretung derselben, vielmehr ist, bis zur Reassumtion des Rechtsstreits durch die Erben, der Rechtsstreit auf seinen Namen fortzuführen und deshalb seine Vollmacht zugleich auf Vertretung der Erben zu richten [24]). In der Regel endet seine Vollmacht

20) L. 6, 7, D. mandati. L. 1 i. f. C. eod. v. Bülow u. Hagemann, I, Erört. 73.

21) Jüngster Reichsabschied, §. 99 a. E.

22) Cap. 1, §. 1, de procur. in VI^to^ (1, 19). Dies ist auch nicht durch den Jüngsten Reichsabschied, §. 100, aufgehoben. Anderer Meinung v. Bethmann-Hollweg, S. 245.

23) Cap. 3, de offic. vic. in VI^to^ (1, 23). Als solche werden genannt in Cap. 4, 5, de procur. in VI^to^ (1, 19): das Abschließen von Vergleichen, Aufgeben des Rechtsstreits, Antragen des Haupteides; in Cap. 3 de juram. calumn. in VI^to^ (2, 4): das Vorschützen der Einrede begangener Verbrechen oder persönlicher Unfähigkeit, dem erwählten oder bereits ernannten, sowie dem zu ernennenden Richter gegenüber; Clem. 2, de procur. (1, 10). Ueberhaupt begreift eine nach Aufzählung einzelner solcher Verrichtungen angefügte Generalclausel die, welche wichtiger als die genannten sind, nicht. Cap. 4, de procur. in VI^to^. Clem. 2, de procur.

24) Jüngster Reichsabschied, §. 99.

erst mit der Vollendung des Rechtsstreits, wenn nicht der zwischen ihm und der Partei bestehende Contract ein früheres Ende bedingt. Vor dieser Zeit aber kann nach erfolgter Litiscontestation weder der Principal den ertheilten Auftrag nach Willkür zurücknehmen noch der Procurator denselben zurückgeben, solange nicht genügende Gründe[25]) dazu vorhanden sind, dann aber sowol stillschweigend als ausdrücklich.

§. 76.

b) Legitimation zum Processe, α) überhaupt

a) durch wahre Vollmacht.

I. Mag man nun als Grundlage der Befugniß eines Procurators, in einem Rechtsstreite für eine Partei handelnd aufzutreten, das Dominium am Rechtsstreite oder den erhaltenen Auftrag, die Repräsentation des Clienten, betrachten, so verfolgt derselbe immer doch Gerechtsame, die geständigermaßen nicht die ursprünglich eigenen sind; er muß daher immer die auf ihn geschehene Uebertragung beweisen, denn sollte es an dieser fehlen, dann würde in Rücksicht des wahren Eigenthümers am Rechtsstreite eine respective Nullität unvermeidlich sein. Dieser Nachweis bildet die Legitimation zum Processe[1]). — In der Regel hat sich der Anwalt, besonders insofern er für den Kläger[2]) auftritt, alsbald bei dem Beginne des Rechtsstreits zum Processe zu legitimiren[3]), und sollte der Procurator ohne diesen Nachweis vom

25) L. 17—25, D. de procur. (3, 3). Cap. 13 X. de procur. (1, 38). G. L. Böhmer, Princ. jur. can., §. 718, n. 4. Dagegen Strube, Bd. 5, Bed. 25. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 246.

1) Dapp, Versuche über die Lehre von der Legitimation zum Proceß. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 81 fg. Bayer, a. a. O., §. 110 fg., S. 332 fg.

2) Ueber den für den Beklagten aufgetretenen negotiorum gestor, defensor, vergl. L. 35, §. 3; 40, §. 2; 43, §. 2; 46, §. 2; 51, §. 1, D. de procurat. L. 12 C. de procur. L. 1, D. de appell. recip. (49, 5). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 211 fg. Auch Keller, Röm. Civilproceß, S. 245, 262.

3) L. 24 C. de procurat. (2, 13). Jüngster Reichsabschied, §. 42. Die Handlungen des negotior. gestor kann der Principal für sich gelten lassen, doch muß er sie ganz genehmigen oder ganz verwerfen. L. 56 D. de

Gerichte gar nicht zugelassen werden, wie dies auch in Landesgesetzen ausdrücklich vorgeschrieben ist. Denn dieser Mangel macht nicht nur bessere Insinuationen nothwendig, sondern verhindert auch den Richter im Falle der Contumaz erkennen zu können. Ist nun aber gleichwol die Legitimation des Procurators nicht sofort bei dem Beginne des Processes erbracht, dann hat der Gegner[4]) in jeder Lage des Rechtsstreits das Recht, der Richter dagegen nicht blos das Recht, sondern auch die Pflicht, diesen Mangel zu rügen und letzterer zu dessen Abhülfe, da nöthig unter Androhung von Ordnungsstrafen gegen den Säumigen, das Geeignete zu verfügen, ohne die Rüge des Gegners abwarten zu müssen.

II. Ueber die Art und Weise der Auftragsertheilung enthält das gemeine Recht keine besondern Vorschriften, sie kann daher mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend[5]) geschehen; ebenso wenig sind über die Art des Beweises der geschehenen Auftragsertheilung und die dabei zu gebrauchenden Beweismittel darin Bestimmungen zu finden. In Landesgesetzen ist dagegen häufig schriftliche Auftragsertheilung und der Beweis des Auftrags durch Urkunden vorgeschrieben. Um nun den Beweis der Auftragsertheilung erbringen zu können, erfolgt diese entweder ausdrücklich in einer mündlichen Erklärung des Principals vor Gericht, welche dann als confessio in jure oder vermöge der eigenen sinnlichen Wahrnehmung des Gerichts, indem diese Erklärung zu Protokoll genommen wird, die Auftragsertheilung beweist, oder durch Handlungen, welche auf die geschehene Auftragsertheilung schließen lassen, mögen diese vor Gericht vorgenommen werden, oder in Gegenwart von Zeugen, durch welche dieselben dann erwiesen werden können[6]). Zu solchen stillschweigenden Auftragsertheilungen muß man aber rechnen: wenn der Procurator nicht nur im Besitz der auf den Proceß bezüglichen Ori-

---

judic. (5, 1). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 215. Glück, Commentar, V, 280 fg.

4) L. 24 C. cit. Cap. 4 X. de procur. (1, 38).

5) §. 1 J. de iis, per quos agere (4, 10). Clem. 1, de procur. (1, 10). Glück, a. a. O., S. 222.

6) L. 11 C. de pact. convent. (5, 14). Arg. L. 6, §. 2, D. mandati (17, 1). L. 6 C. ibid. (4, 35). Cap. 12 X. de procurat.

ginaldocumente ist, sondern dieselben auch dem Gerichte übergibt[7]); wenn derselbe mit dem Principal vor Gericht erscheint und sich als Procurator gerirt, ohne daß dieser Einspruch dagegen erhebt. Ist aber auf diese Weise der Beweis nicht zu erbringen, z. B. weil die Auftragsertheilung vor Gericht nicht erfolgte, dann ist die gewöhnlichste Art des summarischen Beweises bei diesem Incidentpunkte der Urkundenbeweis, mag die Urkunde entweder ein außergerichtliches schriftliches Bekenntniß oder den Act der Bestellung selbst enthalten, also die Vollmacht selbst sein. Im Allgemeinen müssen diese Urkunden den Erfordernissen der Beweisurkunden entsprechen, besiegelt brauchen sie jedoch nach gemeinem Rechte nicht zu sein, dagegen müssen sie ein Zeugniß über die Echtheit der Unterschrift des Vollmachtgebers tragen. Andere Beweismittel, namentlich Zeugenbeweis und Eidesantrag, kommen nicht leicht vor, weil der Auftragsgeber den Beweis leichter führen, der Gegner aber die Thatsache nicht wissen kann. Sobald dagegen der Mandant den Auftrag ableugnet und deshalb den Rechtsstreit anfechten will, können beide Arten von Beweismitteln sowol vom Anwalte, damit er nicht als falsus procurator erscheine, als von dem Gegner, um die Rechtsbeständigkeit des Processes darzuthun, angewendet werden.

III. Im gemeinen Rechte ist der Inhalt der Vollmachtsurkunden weder ausdrücklich vorgeschrieben, noch ist der Gebrauch bestimmter Formulare, wie das in Landesgesetzen geschehen ist, angeordnet. Als wesentlich muß man aber betrachten, daß eine Vollmacht[8]) die vollständige Bezeichnung der streitenden Theile, des Proceßgerichts[9]) und, wenn es nicht eine Generalvollmacht ist, des Gegenstandes des Rechtsstreits, ferner den Auftrag[10]) selbst und, falls etwas bereits ohne Vollmacht verhandelt worden

---

7) Kammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 21, §. 2. Der Besitz genügt nur, um den Proceß zu präpariren. Glück, Comm., V, 238. Leyser, Spec., 53, m. 3. Mevius, III, dec. 23. Anderer Meinung ist Lauterbach, Coll. theor., pract., III, 3, §. 25. Cap. 34 X. de off. deleg. (1, 29).

8) Ueber Collision coordinirter Proceßgesetze in Bezug auf die Form der Vollmacht s. Archiv für civil. Praxis, XIII, 299, 312.

9) Streitgenossen müssen einzeln aufgeführt werden oder unterschreiben. Cramer 1, obs. 206.

10) §. 1 J. de iis, per quos (4, 10). Cap. 9 X. de procur. (1, 38).

ist, die Genehmigung[11]) dieses, sodann für den Anwalt die Befugniß der Substitution[12]), oder die Ernennung eines Afteranwalts, endlich die Unterschrift des Gewaltgebers mit Angabe des Ortes und der Zeit enthalte. Nach gemeinem Rechte soll sie ausdrücklich auf die Erben[13]) des Gewaltgebers mitgerichtet sein. Bei der für einen Actor ausgestellten Vollmacht ist noch besonders zu gedenken, daß der Gewaltgeber sein Recht zur Bestellung eines Anwalts nachweisen, also der Tutor oder Curator sein Tutorium in beglaubigter Abschrift beifügen muß. — Selbstverständlich können diesem allgemeinen Inhalte noch specielle, für den Anwalt oft sehr ersprießliche Clauseln[14]), z. B. wegen des Honorars oder der Bestellung einer Hypothek dafür hinzugefügt werden. — Von den an Stelle einer Vollmachtsurkunde gebrauchten Blanquets muß, wenn denselben etwas Wesentliches einer ordentlichen Vollmacht mangelt, behauptet werden, daß sie zum Nachweise der Legitimation nicht genügen. Dagegen werden bei solchen Gerichten, bei denen ein bestimmtes Vollmachtsformular vorgeschrieben ist, diejenigen Vollmachten, welche das übliche Formular nicht vollständig oder nur die Beziehung auf ein solches, dagegen alle wesentlichen Erforderniſſe einer Vollmacht enthalten, schon als Blanquets, und sobald ein Exemplar des Formulars beigefügt wird, als genügend angesehen.

§. 77.

b) Durch vermutheten Auftrag.

Ist ungeachtet des Mangels ausdrücklicher Bevollmächtigung, mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse des Procurators zu dem Principale, die Wahrscheinlichkeit für die Bevollmächtigung so stark, daß die Gesetze diese bis zum Nachweise des Gegentheils

11) L. 11 D. qui satisdare (2, 8). L. 56 D. de judic. (5, 1). L. 5 D. rat. rem (46, 8).

12) Jüngster Reichsabschied, §. 100. Clem. 3 de procur. (1, 10).

13) Jüngster Reichsabschied, §. 99. Nicht so bei den von einem Geistlichen ausgestellten Vollmachten, welche durch dessen Tod erlöschen. Clem. 4, de procur.

14) Glück, a. a. O., §. 403. v. Bülow und Hagemann, Bd. 1, Erört. 63.

als Interimswahrheit angenommen haben, dann vertritt diese Präsumtion alle Beweisführung. Eine derartige gesetzliche Vermuthung tritt ein: zunächst bei legitimer Verwandtschaft[1]) in geraden Linie ohne weitere Einschränkung auf die Nähe des Grades, in der Linie der Seitenverwandten bis zu den Geschwistern; im Collisionsfalle mehrer angeblicher Procuratoren entschridet jedoch die Nähe des Grades, Vollbürtige aber gehen Halbbürtigen, Männer den Frauen vor[2]); sodann bei legitimer Schwägerschaft, während der Dauer der Ehe, durch welche sie entstand, unter gleichen Bestimmungen rücksichtlich der verschiedenen Grade der Schwägerschaft; ferner bei der Ehe[3]), indem vermöge der ehelichen Gewalt der Mann rücksichtlich der Paraphernalgüter und des sonstigen Vermögens der Frau, welches zur Dos nicht gehört, im vermutheten Auftrage handelt; endlich bei Streitgenossen[4]) wegen des gemeinsamen Interesses, welches sie nach der Litiscontestation verbindet. — Alle diese Fälle setzen, weil sie auf einer Rechtsvermuthung, nicht auf einer Fiction beruhen, die Möglichkeit[5]) des Mandats und die Gewißheit der Verhältnisse, aus welchen im einzelnen Falle die Präsumtion gefolgert wird, voraus. Wird dagegen entweder die Ertheilung der Vollmacht nachgewiesen oder das Mandat ausdrücklich geleugnet und bestritten, dann verliert die gesetzliche Vermuthung alsbald die Bedeutung. Denn es soll in dem präsumtiven Mandate nichts Lästiges, sondern nur etwas Nützliches für den Principal enthalten sein, deshalb ist dasselbe nur von subsidiärer Wirksamkeit, d. h. es gilt die vom Gesetze angenommene interimistische Wahrheit ohne weitern Beweis, bis das Gegentheil dargethan wird, oder der Vertretene, der Mandans, als unfähig erscheint, oder von Handlungen die Frage ist,

---

1) L. 35 pr. D. de procur. (3, 3). L. 12 C. de procur. (2, 13). Dapp, Von der Legitimation, §. 386 fg. Glück, Commentar, V, §. 388, S. 239. Bayer, a. a. O., §. 123 fg., S. 378 fg.

2) Von den Frauen wird es nur der Mutter für die Kinder und der Tochter für die Aeltern gestattet. Glück, a. a. O., S. 236, 228. Dapp, §. 135, 474.

3) L. 21 C. de procur. L. 8, 11, C. de pact. conv. (5, 13).

4) L. 2 C. de consort. (3, 40). Donelli, Comment., XVIII, cap. 12, §. 10 sq. Dapp, a. a. O., §. 433. Nicht Jeder, gegen den der Proceß möglich ist.

5) L. 40, §. 4, D. de procur. Arg. L. 27 pr. D. de minor. (4, 4).

welche einen besondern Auftrag voraussetzen, deshalb aber überhaupt nicht ohne Weiteres selbst in einem ausdrücklichen Auftrage enthalten sind. — In jedem Falle des vermutheten Auftrags muß aber der präsumtive Beauftragte, wenn er für den Kläger auftritt, wegen der Genehmhaltung, wenn er den Beklagten vertritt, bei Realklagen wegen Genehmhaltung und Ausführung des Urtheils, bei Personalklagen nur in letzterer Beziehung Caution [6]) leisten, wovon wiederum der Ehemann, wenn es sich um Paraphernalgüter handelt [7]), befreit ist.

§. 78.

β) Insbesondere von Syndicaten.

Bei der Erörterung der Erfordernisse der Legitimation des für eine juristische Person auftretenden Anwalts, des Syndicus, durch das Syndicat, hat es besondere Bedeutung den Begriff der Gemeindesache [1]) gehörig festzustellen. Nicht jeder Rechtsstreit, selbst wenn er alle Mitglieder der juristischen Person der Gemeinde interessirt, verdient den Namen eines Gemeindeprocesses; vielmehr gebührt dieser ausschließlich demjenigen, welcher die Rechte und Pflichten der Gemeinheit als juristischer Person und ihrer Mitglieder als Gemeindeglieder betrifft. Es ist z. B. kein Gemeindeproceß, wenn von der Zehntpflicht der jedem Bewohner eines Dorfes eigenthümlich zustehenden Länderei die Frage ist, sollte gleich die nämliche Frage bei allen Einwohnern desselben Dorfes entstehen. Dagegen ist es ein Gemeindeproceß, wenn von der Zehntpflicht eines Ackers die Rede ist, welcher Eigenthum der juristischen Person der Gemeinde ist. Man muß daher bei Feststellung dieses Begriffs von der Legitimation zur Sache ausgehen, weil kein Rechtsstreit als der eines bestimmten Subjects

---

6) §. 5 J. de satisdat. (4, 11). L. 1 C. L. 40, §. 3, D. de procur. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 222. Bayer, Civilproceß, §. 34—36, S. 104 fg.

7) L. 11 C. de pact. conv. (5, 14).

1) Haubold, Opusc., II, 612 sq. v. Langenn u. Kori, Erörter., II, 35. Seuffert, Archiv, I, Nr. 1, S. 151; II, 258; über die Pflicht zum Kostenbeitrag, wenn die Sache Einzelner von der Gemeinde verfolgt wird. Das. II, 257. Emminghaus, Pandekten, S. 225.

zu betrachten ist, solange dieses nicht die Befugniß besitzt, darüber zu disponiren; nun ist aber eine universitas nie befugt über Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder zu disponiren, mithin auch nie, wenn es sich nur um solche handelt, zur Sache legitimirt, deshalb aber auch ein solcher Gegenstand nicht Sache der Gemeinde, sondern nur der einzelnen Gemeindemitglieder. Bei Rechtssachen der einzelnen Gemeindeglieder[2]), wenn sie auch einen Verein oder eine Genossenschaft bilden, kann höchstens eine Streitgenossenschaft vorhanden sein, in welchem Falle dann die einzelnen Genossen den Anwalt zu legitimiren haben, mag dies durch Unterzeichnung einer Vollmacht oder mehre Vollmachten geschehen; der Stellvertreter ihrer aller ist aber auch nur Procurator, nicht Syndicus, und kann z. B. nicht durch zwei Drittheile der Genossen gewählt werden. Handelt es sich dagegen um einen Gemeindeproceß im eigentlichen Sinne, dann ist der Stellvertreter der Gemeinde, der Syndicus[3]), durch das Syndicat zu legitimiren. Bei ordinirten[4]) Corporationen wird diese Vollmacht von dem Vorgesetzten derselben unter Beifügung des öffentlichen Siegels der Gemeinde ausgestellt, sobald nicht ein für allemal ein Syndicus der Corporation als solcher öffentlich angestellt ist, in welchem Falle es eines Syndicats für den einzelnen Rechtsstreit nicht bedarf. Bei nicht ordinirten[5]) Corporationen erfolgt die Wahl des Syndicus in einer Versammlung der Mitglieder der Corporation, zu welcher alle Mitglieder gehörig geladen und zwei Drittheile erschienen sind, durch Stimmenmehrheit und ebenso die Ausstellung eines den allgemeinen Erfordernissen der Vollmachten (§. 76) entspre-

---

2) Glück, Commentar, V, §. 406 fg.

3) L. 1, §. 1, D. quod cujuscunq. univ. (3, 4). Cap. 9 X. de procur. (1, 38). Tit. tot. X. de syndico (1, 39). Bayer, Civilproceß, §. 112, S. 337 fg.

4) Glück, Commentar, I, §. 88; V, §. 410. Ueber die Gültigkeit der Bestellung eines Syndicus durch Vorstände einer Corporation, welche excommunicirt sind. Cap. 15 X. de procur. (1, 38). Ueber das präsumtive Mandat des Syndicus: Schilter, Prax. jur. ex. 10, §. 53 seq. Glück, a. a. O., V, 234 fg., 306.

5) L. 2—4, D. quod cujuscunq. (3, 4). L. 19 ad munic. D. (50, 1). L. 2, 3, D. de decret. ab ord. fac. (50, 9). L. 2 C. de decur. (10, 31). Thibaut, Civil. Abhandlungen, Nr. 8. v. Savigny, System, II, 337 Anderer Meinung bezüglich der Anwesenheit von zwei Drittheilen der Mitglieder sind v. Langenn und Kori, a. a. O., S. 9 fg.

chenden Syndicats. Der Nachweis der Vollmachtsertheilung erfolgt aber solchen Falls in einer öffentlichen Urkunde, aus welcher der Wahlmodus, sowie die Vollmacht selbst zu ersehen sein muß. Wird eine geordnete Gemeinde durch ein Collegium vertreten, so ist von diesem in gleicher Weise zu verfahren. — Nach den meisten neuern Landesgesetzen ist zu Processen, welche Corporationen zu führen haben, die Erlaubniß der ihnen vorgesetzten Verwaltungsbehörde erforderlich.

§. 79.

3) Von Notarien.

I. Zu den Zeiten, als es in Deutschland, namentlich auf dem Lande, an Gerichten mangelte, wurden vom Kaiser, kraft kaiserlichen Reservatrechts, Notarien[1]) in der Absicht ernannt, um, namentlich in nicht streitigen Rechtssachen, über das, was ihnen durch ihre äußern Sinne[2]) bekannt geworden, auf Verlangen ein öffentlich glaubwürdiges Zeugniß abzulegen. Keinem solchen kaiserlichen Notar war ein bestimmter Distrikt zugewiesen, deshalb auch keiner mit eigentlicher Jurisdiction versehen. Ihre Thätigkeit erstreckte sich vielmehr hauptsächlich auf nichtstreitige Rechtssachen, doch waren sie in streitigen Rechtssachen zur Vornahme einzelner, vom Gesetz speciell bezeichneter Handlungen befugt, so zur Vornahme von Insinuationen[3]), Abhörung von Zeugen und Sachverständigen, mögen sie diese entweder selbst vernehmen oder nur der Abhörung derselben durch das Gericht auf Verlangen des Beweisführers beiwohnen[4]), Beglaubigung von Abschriften, Ausstellung von Zeugnissen über bestimmte Handlungen und Er-

---

1) Ueber die Notarien des Römischen Rechts, tabelliones, v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 17. Ueber die Geschichte der deutschen Notarien: Chrn. Hanaccius, Progr. de origine, fatis ac fide publ. notar. (Wittenberg 1747). Oesterley, Ausführliche Darstellung des deutschen Notariats (Hannover 1842 u. 1845). Bayer, Civilproceß, §. 120, S. 307 fg.

2) Notariatsordnung von 1512, Allgem. Theil, §. 6. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 39.

3) Notariatsordnung, Tit. 3, §. 1. Kammergerichtsordnung, a. a. O., §. 3.

4) Deputationsabschied von 1600, §. 129, 130. Jüngster Reichsabschied, §. 52.

klärungen, z. B. Besitzergreifung[5]), Protestationen, Vollmachtsertheilung an Anwälte[6]), Einwendung von Rechtsmitteln[7]).

II. Rücksichtlich der Art und Weise das ihnen befugterweise Aufgetragene zu besorgen, waren die Notare nach gemeinem Rechte verpflichtet, nur da handelnd aufzutreten, wo sie darum ersucht[8]) wurden, und selbst dann nur in Sachen, in Ansehung derer sie ganz unparteiisch waren. War dies aber Alles der Fall, dann konnten sie nie allein, sondern nur mit Zuziehung zweier Zeugen verfahren, auch nur ein schriftliches, nie ein mündliches Zeugniß in der bestimmten, dafür vorgeschriebenen Form ertheilen[9]). Zu dem Ende hatten sie sofort über die Thatsachen, worauf das Zeugniß sich beziehen sollte, ein Protokoll aufzunehmen und aus diesem eine öffentliche Urkunde, das Hauptinstrument, so zu fertigen, daß dieses mit Anrufung des Namens Gottes beginnt, dann die Zeit, zu der sich der Act ereignet, und zwar nach christlicher Zeitrechnung unter Angabe der Stunde und Tageszeit, des Namens und Regierungsjahres des Kaisers oder Vicars, der Indiction, ferner den Ort, wo sich die Handlung ereignet, das geschehene Ansuchen, den Namen des Notars und der Zeugen, sodann eine genaue Beschreibung dessen, was sie mit ihren Sinnen wahrgenommen und daß die Zeugen dabei zugegen gewesen, weiter das Zeugniß der geschehenen Vorlesung und endlich das öffentliche Siegel und die Unterschrift des Notars enthält. Außerdem durften keine Abbreviaturen im Zeugniß gebraucht, auch nichts mit Zahlen geschrieben, endlich kein referens sine relato darin enthalten sein.

III. Mit dem Untergange des Deutschen Reichs haben die kaiserlichen Notarien nach und nach aufgehört. Wo deren noch bestehen, leiten sie ihre Befugnisse aus den landesgesetzlichen Bestimmungen ab, welche in den einzelnen Staaten über dieses Institut erschienen sind. Soviel aber ist noch als gemeinrechtlich anzusehen: die Notarien sind in gewissem Sinne Staatsdiener,

5) v. Bülow und Hagemann, III, Erört. 55. Comp., §. 245, Note c.
6) Notariatsordnung, Tit. 4, §. 1.
7) Notariatsordnung, Tit. 4, §. 1. Comp., §. 278, Note e.
8) Notariatsordnung, Tit. 1, §. 3 a. E.
9) Notariatsordnung, §. 6, ferner §. 3—14.

indem sie vom Staate ihre Concession erhalten, unter dessen Controle stehen und Diener des öffentlichen Nutzens sind; ihr Verhältniß zu den Parteien entsteht nur durch specielles Ersuchen und besteht nicht im Rathgeben oder Stellvertreten, sondern in einer eigenen Amtsthätigkeit zu Gunsten des Anrufenden, welche stets auf das Bezeugen des von dem Notar durch die Sinne Wahrgenommenen hinausläuft.

§. 80.

β) Mit Botmäßigkeit über den streitenden Theil versehene Nebenpersonen; Vormünder, Pfleger, Hausväter.

Die letzte Classe von processualischen, auf Seiten der Parteien auftretenden Nebenpersonen, welche kein eigenes Interesse bei dem Ausgange des Rechtsstreits haben, findet sich nur bei solchen Parteien, welche über das Ihrige und namentlich den Gegenstand des Rechtsstreits nicht frei disponiren können. Daher sind diese Nebenpersonen nicht bestimmt für die Partei zu postuliren oder dieselbe zu repräsentiren, sondern nur derselben das Recht der freien Verfügung über das Ihrige zu ergänzen. Es gehören dahin die Curatoren, Tutoren und Hausväter. Sooft nun der Curator und die ihm gleichstehenden Personen nur als Nebenpersonen[1]) auftreten, kann der Kläger sich damit begnügen, gegen den Curanden zu klagen, ohne den Curator zu nennen; denn dieser muß vom Gerichte oder vom Curanden veranlaßt werden, zu assistiren, wo nicht, muß der Curand die Proceßkosten, welche durch das Contumacialverfahren entstehen, wegen seines Verschuldens tragen, während ihn in der Hauptsache allerdings kein Nachtheil, kein Präjudiz[2]) trifft. — Zum Processe aber legitimiren sich Curatoren und Tutoren stets durch ein Zeugniß der obervormundschaftlichen Behörde, möchte diese auch für den obschwebenden Proceß zugleich der competente Richter sein; der Hausvater dagegen durch den

1) L. 1, §. 3, D. de admin. et peric. (26, 7); denn sie treten nicht im eigenen Namen auf, pr. J. de iis, per quos agere (4, 10).

2) L. 5 D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. 1 C. qui petant (5, 31).

Beweis der väterlichen Gewalt. Der Einwilligung[3]) ihres, auch heranwachsenden Mündels oder der Obervormundschaft bedürfen aber zu einem solchen Rechtsstreite Vormünder und Pfleger nicht; dagegen soll sich der Hausvater in einen Rechtsstreit über das dem Haussohn gehörige Peculium[4]), sofern es profectitium oder adventitium regulare oder irregulare ist, ohne die Zustimmung[5]) dieses, wenn er den Kinderjahren entwachsen und anwesend ist, nicht einlassen.

§. 81.

B) Gebrauch der Partei-Nebenpersonen überhaupt in einem Rechtsstreite.

I. Nach Aufzählung der Nebenpersonen, welche ohne eigenes Interesse bei dem Ausgange eines Rechtsstreits den Parteien Beistand leisten, sind allgemeine für deren Gebrauch geltende Regeln zu erwähnen. Fragt es sich nämlich, inwiefern eine Partei sich ihrer in Rechtsstreitigkeiten bedienen kann und wann sie sich ihrer bedienen muß, so gilt als Regel[1]), daß die Partei freie Willkür hat darüber zu entscheiden, ob sie Advocaten und Procuratoren im einzelnen Falle zuziehen will oder nicht, daß sie Notare aber nur insoweit gebrauchen kann, als diesen überhaupt die Vornahme des einzelnen Geschäfts, zu dem sie zugezogen werden sollen, gesetzlich gestattet ist. — Ausnahmen von dieser Regel sind aber in

---

3) L. 11; L. ult., §. 3, C. de admin. tut. (5, 37); L. 1, §. 3, 4; L. 9, §. 6, D. de admin. et peric. (26, 7).

4) §. 1 J. per quas person. (2, 9). Mühlenbruch, Pandektenrecht, III, §. 567 fg. Glück, Commentar, V, 248.

5) L. ult., §. 3, C. de bonis quae liberis (6, 61). L. 4, §. ult D. de doli mali et met. exc. (44, 4). Ueber die Pflichten der Erben des Tutors, L. 1 pr. D. de fidejuss. tut. (27, 7). L. 27 D. de appell. (49, 1).

1) Arg. pr. J. de iis, per quos (4, 10). L. 26 C. de procur. (2, 13). Die Bestimmungen in L. 25 ibid., wonach gewisse Personen gezwungen sind, sich der Procuratoren bei ihren Rechtsstreitigkeiten zu bedienen, erscheinen theils durch L. 26 ibid. beseitigt, theils nach Nov. 71, cap. 1, §. 1, nur für die Rangclasse der illustres von Geltung, daher jetzt ohne Bedeutung. Cap. 2, 7, X. de procur. (1, 38). Cap. 68 de reg. jur. in VI^{to} (5, 13). Vergl. Glück, Commentar, V, §. 360.

den Gesetzen nur insofern gemacht, als in einzelnen Fällen den Parteien verboten ist der Advocaten und Procuratoren sich zu bedienen, während dies für andere Fälle ausdrücklich angeordnet ist. Untersagt ist nun der Gebrauch der Advocaten und Procuratoren bald für ganze Classen von Rechtsstreitigkeiten, bald für einzelne Handlungen in einer solchen. In ersterer Beziehung enthält das gemeine Recht nur insofern dieses Verbot, als nach Römischem Rechte[2]) bei Popularklagen die Thätigkeit der Procuratoren, soweit sich nicht Jemand dieser zur Verfolgung eines Privatinteresses bediente, ausgeschlossen war, wogegen Particularrechte dasselbe in ausgedehnterer Weise enthalten, indem z. B. bei Bagatell- und bäuerlichen Rechtsstreitigkeiten Advocaten und Procuratoren gar nicht zugelassen werden. Die Bestimmungen des Kanonischen Rechts[3]) aber, daß die Parteien zum Vortrage der factischen Grundlagen eines Rechtsstreits der Advocaten sich gar nicht bedienen, sondern diese selbst vortragen sollten, hat in der Praxis nie Geltung erhalten und ist später ausdrücklich aufgehoben worden. In letzterer Beziehung dagegen sind theils durch das Gesetz einzelne Handlungen der Thätigkeit der Procuratoren entzogen, z. B. die Ableistung eines Haupteides[4]); theils ist dem Richter die Befugniß ertheilt, deren Thätigkeit aus besondern, ihm wichtig erscheinenden Gründen[5]) auszuschließen, z. B. bei Vergleichsterminen und dergleichen. — In Ansehung des Gebrauchs der Procuratoren ist aber ferner noch als Regel[6]) zu beachten, daß gleichzeitig nicht mehre Procuratoren pro rata zu demselben Rechtsstreite von einer Partei zugezogen werden dürfen, während im Uebrigen es erlaubt ist, mehre Procuratoren

---

2) L. 42, 45, D. de procur. (3, 3). L. 5 D. de popul. act. (47, 23).

3) Cap. 14 X. de judic. (2, 1). Statuimus, ut principales personae non per advocatos, sed per se ipsas factum proponant. Dagegen cap. 1 eod. in VI^to (2, 1).

4) L. 12, §. 4, C. de reb. credit. (4, 1). Nov. 124. Glück, a. a. O., XII, §. 806. Eine Ausnahme machten die deutschen Reichsstände; Reichskammergerichtsordnung, Th. 2, Tit. 10, §. 5.

5) L. 26 C. de procur. Cap. 1, de judic. in VI^to.

6) Nicht pro rata, L. 38 D. de procur. (3, 3), wol aber mehre, L. 31, §. 1, 32, 37; §. 1, ibid. L. 48 D. famil. hercisc. (10, 2). Cap. 6, de procur. in VI^to (1, 19).

entweder uneingeschränkt für die gesammte gemeinschaftliche Geschäftsführung oder insofern beschränkt zu ernennen, als diese entweder getrennt oder nur vereinigt die Geschäfte zu besorgen haben. Man bedient sich, um dies auszudrücken, der Clausel „sammt oder sonders", bezüglich „sammt und sonders", und entscheidet im erstern Falle die Prävention. Auf anderer Seite sind die Parteien gezwungen, sich eines Advocaten zu bedienen, sobald der eigene Vortrag zu verworren ist[7]), eines Procurators aber, wenn die Partei außerhalb des Bezirkes des Gerichts, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, sich regelmäßig aufhält, ihren Wohnsitz hat[8]), ferner alle Collegien[9]), juristische Personen und Parteien, welche ohne einen Tutor zu haben, nicht im Stande sind ihre Rechtsstreitigkeiten selbst zu besorgen, z. B. Reisende, mehre Erben[10]) eines bereits Verklagten, sowie bei Theilungsklagen die Erben des Klägers, endlich nach der besondern Verfassung einzelner Gerichte Alle, welche dort Recht nehmen. In allen diesen Fällen ernennt das Gericht erforderlichenfalls[11]) den Procurator von Amtswegen, und veranlaßt Advocaten und öffentlich angestellte Procuratoren, wenn sie sich ohne Grund oder einem mächtigen Gegner gegenüber weigern einen solchen Auftrag zu übernehmen, oder ein Mitglied einer Corporation, welches die Stelle des Syndicus derselben zu versehen nicht bereit ist, dazu durch Anwendung von Zwangsmaßregeln.

II. In einem andern Verhältnisse stehen diejenigen Nebenpersonen, welchen eine Botmäßigkeit über eine Partei zusteht. Denn da ohne ihre Assistenz die Partei gültigerweise einen Rechtsstreit nicht zu Ende führen kann, so werden dieselben, ohne Rück-

---

7) Cap. 14 X. de judic. (2, 1).

8) Arg. Art. 17 der peinlichen Gerichtsordnung. Glück, a. a. O., S. 274 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 24.

9) L. 1, §. 1, D. quod cujuscunq. univers. (3, 4).

10) L. 5, §. 7, D. judicat. solvi (46, 7). Ueber die Theilungsklagen L. 48 D. fam. hercisc. (10, 2). Auf Streitgenossen ist dies nicht auszudehnen, L. 31, §. 1, D. de procur. cit. Martin und Walch, Magazin, II, 207 fg.

11) L. 8, §. 1, D. L. 14 C. de procur. L. 1, §. 4, D. de postul. (3, 1). L. 7 C. de postul. (2, 6). L. 9, §. 5, D. de off. procons. (1, 16). Clem. 1, de procur. (1, 10).

sicht auf den Willen der ihnen untergebenen Partei, entweder von Amtswegen oder auf Antrag des Gegners [12]) zugezogen, auch wol, falls es einer unfähigen Partei an einem solchen Beistande mangelt, auf Antrag des Gegners bestellt. Selbst zur Führung eines Rechtsstreits für einen Mündel kann dessen Vormund oder Curator vom Gerichte [13]) angehalten werden.

§. 82.

C) Allgemeine Folgen ihrer Nachlässigkeit.

I. Während das Römische Recht [1]) rücksichtlich der Vernachlässigungen eines Procurators von dem Grundsatze ausgeht, daß die Nachlässigkeit, das Versehen des Procurators, soweit demselben nicht ein strafbarer Dolus zu Grunde liegt, zunächst den Parteien selbst, unbeschadet jedoch ihres Regreßanspruchs an den Procurator, Nachtheil bringt und ihnen nur aushülfsweise das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zu Gebote steht, schweigt dasselbe über die Versehen der Advocaten und deren Folgen ganz. Es hatte dies aber seinen Grund darin, daß die Advocaten als solche nur in Gegenwart der Clienten oder des von diesen bestellten Procurators mündlich postulirten, mithin deren eigene Culpa vorlag, wenn sie auf das Materielle der Sache bezügliche Fehler des Advocaten nicht alsbald verbesserten oder doch nicht rechtzeitig widerriefen, Fehler in rechtlicher Beziehung aber vom Richter verbessert wurden. Hiernach konnte es sich überhaupt nicht von Vernachlässigungen des Advocaten, sondern nur von der eigenen Schuld der Partei oder des

---

12) L. 1, 4, 7, C. qui petant tut. (5, 31). L. 24 C. de admin. tut. (5, 7).

13) L. 28 pr. C. de admin. tut. (5, 37). Glück, XXXII, §. 1380.

1) L. 10 C. de procurat. (2, 13). L. 39 D. ex quib. caus. major. (4, 6). Is, qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. L. 23 D. de minor. (4, 4). Vergl. L. 5 D. de rebus, quae autor. judic. (42, 5). Nach Kanonischem Rechte wird dagegen die Kirche gegen die Versehen ihrer Procuratoren in integr. restituirt, Cap. 2 i. f. X. de in integr. restit. (I, 41).

Procurators derselben handeln[2]). Mit der Verwandelung des mündlichen in ein schriftliches Verfahren änderte sich allerdings die Stellung des Advocaten, indem nun Zeitbestimmungen zu beobachten sind, welche dem Clienten unbekannt bleiben, weil dazu nicht speciell geladen wird, oder welche wol gar nach dem Gesetze präludirend eintreten. Diese zu beobachten ist Sache des Advocaten, nicht des Clienten, und nur jenen trifft die Schuld der Versäumniß derselben, wie nicht minder in Ansehung solcher Fehler gegen die Handhabung und das Verständniß der Rechtssätze, auf welche die Bestimmungen der L. un. C. ut quae desunt etc. keine Anwendung leiden. In Ansehung der Restitution gegen solche Fehler muß daher das gelten, was überhaupt von der Restitution gegen Handlungen Dritter Rechtens[3]) ist. — Ueber die Geltung der soeben bezüglich der Restitution gegen Versehen der Procuratoren und Advocaten aufgestellten Grundsätze war die Meinung der Rechtsgelehrten sehr getheilt, bis das Reichskammergericht durch einen gemeinen Bescheid[4]) vom 19. Mai 1786 die Streitfrage dahin entschied: es sei die unschuldige Partei gegen derartige Versehen ihrer Rechtsbeistände, ohne vorher erst gegen die Urheber des Schadens ihre Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht zu haben, dann in den vorigen Stand wieder einzusetzen, wenn sie entweder selbst oder durch einen andern Beistand darum nachsuche, der erwiesenermaßen nachlässige Beistand aber zu bestrafen. Als Gründe für diesen Beschluß wurden angeführt, einmal die veränderte Gerichtsverfassung, nach welcher der Partei daraus, daß sie keinen vorsichtigern, zuverlässigern Anwalt gewählt und dadurch den Nachtheil vermieden habe, ein Vorwurf nicht mehr gemacht werden könne, weil die Advocaten und Procuratoren öffentlich in bestimmter Anzahl angestellt seien und für deren Fleiß und Fähigkeit alle rechtliche Vermuthung streite; es dürfe aber auch die Restitution nicht durch den fast

---

2) L. 1 C. de error. advoc. (2, 10). Anderer Meinung ist Gensler, im Archiv für civil. Praxis, IV, 117.

3) L. 7, §. 1, D. de in integr. (4, 1). L. 14 D. de min. (4, 4). Glück, Commentar, V, §. 443. v. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

4) Emminghaus, Corpus juris Academ., II, 502 sq. Bergmann, Corpus juris judiciar., p. 484 sq.

unmöglichen Beweis, den die Partei zu führen habe, daß sie bei mehr Sorgfalt des Beistandes den Proceß gewonnen haben würde, und durch die Eruirung der Vermögensverhältnisse des Beistandes, um zu beurtheilen ob er den Schaden ersetzen könne, nicht verzögert, sondern es müsse dieselbe ohne Umschweife, damit die Partei nicht unter dem Versehen eines Dritten leide, ertheilt werden; sodann: es enthielten die Reichsgesetze keine Vorschriften darüber, daß der Ertheilung der Restitution vorerst der Regreß gegen den nachlässigen Advocaten oder Anwalt vorausgehen müsse, sondern nur Geldstrafen, zeitliche oder gänzliche Absetzung gegen die säumigen Rechtsbeistände, auch sei die ältere Praxis der Reichsgerichte dieser mildern Ansicht entschieden zugewendet; endlich aber: es sprächen Gründe der Politik für die mildere Ansicht, nur wenige Anwälte würden bei größern Sachen im Stande sein den Schaden zu ersetzen, ein Vergessenheitsfehler aber sei bei einem vielbeschäftigten Anwalte leicht möglich, dann aber stehe der Nachtheil, denselben durch den Verlust des Vermögens zu büßen, in keinem Verhältnisse zum Gewinne aus der Besorgung der Sache, auch seien die Strafen und die Kosten, welche der Anwalt in Folge der Nachlässigkeit aus eigenen Mitteln, ohne sie von der Partei erstattet nehmen zu dürfen, zu tragen habe, empfindlich genug, um ihn zu größter Sorgfalt anzuspornen. Dieser gemeine Bescheid des Kammergerichts wurde darauf zwar dem Reichstage zur Bestätigung berichtlich angezeigt, auch vom Reichshofrathe als Richtschnur beobachtet, dagegen von Seiten der gesetzgebenden Behörde des Reichs weder bestätigt, noch ausdrücklich gemißbilligt[5]). — Bei dem Mangel der erforderlichen Sanction durch die Reichsgewalt kann daher der fragliche gemeine Bescheid, zumal er dem Römischen Rechte gegenüber als correctorisches Gesetz zu betrachten wäre, als Rechtsnorm nicht gelten, auch nicht befolgt werden[6]), mögen gleich viele Gerichte in ihren Entscheidungen danach sich richten. Man muß daher vielmehr bei dem Römischen Rechte stehen bleiben und davon ausgehen, daß die Unterlassungen

---

5) Reuß, Beiträge zur neuesten Geschichte der reichsger. Verfassung, III, 194 fg. Vergl. auch oben §. 4, VI.

6) Anderer Meinung sind v. Burchardi, a. a. O., S. 168 fg.; Linde, Abhandlungen, Nr. 5, §. 3; Schmid, Handbuch, I, 268.

und Vernachlässigungen des Procurators und unter Umständen des Advocaten der beauftragenden Partei selbst, insoweit dieselbe durch jene ihren Pflichten gegen das Gericht genügt und nicht blos Rechte durch sie ausübt, Nachtheil bringen[7]).

II. Was dagegen diejenigen Nebenpersonen betrifft, welche mit Botmäßigkeit über die streitenden Theile versehen sind, so gestattet das Römische Recht[8]) auch bei Vernachlässigungen dieser die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erst nachdem der gegen dieselbe erhobene Regreßanspruch erfolglos geblieben war, mithin zu keiner Entschädigung für die verletzte Partei geführt hatte. Allein das Deutsche Recht[9]) hat diesen Grundsatz zu Gunsten der Pupillen in Ansehung aller ungehorsamen, also bereits in Streit befangenen, Tutoren und Curatoren abgeändert und bestimmt, daß die Nachtheile ihrer Verschuldung gegen sie selbst, nicht gegen ihre Mündel zu verhängen seien. Zwar hob die spätere Reichsgesetzgebung die für solchen Fall in der frühern gedrohten Strafen der Immission, Acht u. s. w. auf, beseitigte aber keineswegs, wie man hat annehmen wollen, den Grundsatz, gegen wen die Strafen zu verhängen seien[10]). Denn über die Strafart waltete kein Zweifel ob, sondern nur über das zu bestrafende Subject; es konnte daher durch das correctorische Gesetz, welches nur die Strafarten beseitigte, nicht zugleich stillschweigend die Bestimmung über die strafbare Persönlichkeit mit aufgehoben werden. Man muß daher jetzt den Grundsatz festhalten, daß die Pflegebefohlenen gegen Verstöße ihrer Tutoren oder Curatoren, sobald diese nur richterliche peremtorische Auflagen, nicht Fatalien betreffen, auch ohne vorhergehende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ipso jure gesichert sind.

---

7) Arg. L. 20 i. f. D. de praescr. verb. (19, 5).

8) L. 1, §. 2, D. si quis jus dicenti non obtemp. (2, 3). L. 13, §. 11, C. de judiciis (3, 1). L. 5 D. de rebus, quae auctor. (42, 5). L. 7, §. 11 et 12, D. de minor. (4, 4). Dem steht auch nicht entgegen die nichtglossirte L. 16, §. 1, 2, C. de fide instrum. (4, 21), da sie von der Strafe eines Dolus redet.

9) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 95. Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 22, §. 9 fg.

10) Jüngster Reichsabschied, §. 36.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der gerichtlichen Rechtsverfolgung selbst.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Erste Unterabtheilung.

Von den Gattungen getrennt betrachteter Proceßhandlungen.

§. 83.

Einleitung.

Nachdem in den bisherigen speciellen Abschnitten zuerst vom Gegenstande des Rechtsstreits und dessen Qualitäten, dann von den Haupt- und den Nebenpersonen, welche an den Verhandlungen eines Rechtsstreits Theil nehmen können oder aber müssen, gehandelt worden ist, beschäftigt sich der nun folgende Abschnitt mit der Lehre von der gerichtlichen Rechtsverfolgung selbst, also mit der Darstellung der processualischen Befugnisse und Pflichten jener Theilnehmer aller Art, welche auf deren Thun und Unterlassen[1]) im Processe sich beziehen. Um aber den letzten Zweck aller dieser Handlungen, das streitige Recht durch gerichtlichen Ausspruch und nöthigenfalls durch rechtlichen Zwang realisirt zu sehen, am sichersten und zweckmäßigsten zu erreichen, ist Einheit

1) Beides gehört zu dem processualischen Begriffe der „Handlungen" des Proceßsubjects. L. 189 D. de verb. signif. (50, 16). Facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret, ne fiat. Vergl. auch L. 121 D. de reg. jur. (50, 17).

des Ganzen die Grundbedingung, diese aber ohne Kenntniß der einzelnen Bestandtheile nicht zu erreichen. Es ist daher nothwendig das Benehmen der einzelnen Theilnehmer am Rechtsstreite sowol in einfacher Reihenfolge, Schritt für Schritt, als auch in allgemeinen Grundansichten für dieses Benehmen, in einer Abstraction von Einzelnen dabei, darzustellen. Letztere aber sind zuerst und zwar nach den Gattungen der Handlungen, dann in Beziehung auf ihren Zusammenhang und die Verbindung unter einander darzustellen.

§. 84.

Allgemeine Betrachtung der Rechtsverfolgung selbst.

A) Gattungen der Proceßhandlungen.

Das ganze Verfahren im Civilprocesse bildet zwar einen Complex mehrer successiver Handlungen und Unterlassungen, welche alle einen Hauptzweck haben (oben §. 15, S. 122); allein wenn man diese Mehrheit genauer betrachtet, so mangelt es nicht an erheblichen Verschiedenheiten unter den einzelnen. Denn ohne irgend welche Beziehung zu einander oder zu gewissen Proceßarten, also nur einzeln, absolut genommen, unterscheiden sie sich je nach dem handelnden Subjecte, entweder als Handlungen des Gerichts oder der Parteien, unter welchen letztern zugleich die Nebenpersonen mitbegriffen sind, da diese auf Seiten der Parteien entweder als deren Organ oder Stellvertreter oder selbst als Mitpartei, nie aber als selbständige Partei auftreten; oder nach der Art der Vornahme derselben, als wirkliche Begehungs- oder Unterlassungshandlungen[1]); oder in Hinsicht auf das dafür geltende Gesetz, je nachdem sie statthafte, diese aber wieder nothwendige (z. B. die Klage, die Litiscontestation), oder zulässige (z. B. die Bitte um Actenversendung, die Einreden u. d. m.), oder unstatthafte (z. B. die Appellationen gegen ein rechtskräfti-

1) Hierin liegt kein Widerspruch nach den in Note 1 zum vorigen §. citirten Gesetzen. — Anderer Meinung sind Morstädt, Materialkr., S. 183; Brackenhöft, Identität und mat. Connexität der Rechtswissenschaft, S. 126, Nr. 16.

ges Urtheil) sind. In Hinsicht dagegen auf den Zusammenhang der einzelnen Handlungen, relativ, betrachtet, ist immer auf den gemeinsamen Zweck, welchen sie verfolgen, Rücksicht zu nehmen, also darauf, daß sie ein Ganzes zur Erreichung des einen und letzten Zwecks des Rechtsstreits bilden, daß daher Einheit unter ihnen herrschen muß, wenn auch wieder einzelne Abschnitte des Ganzen und namentlich deren zwei: das Stadium vor der Execution und diese selbst, unterschieden werden müssen. Endlich aber sind in relativer Beziehung die einzelnen Handlungen noch in ihrer mannichfachen Verbindung zu den verschiedenen Arten der Einleitung und Verhandlung eines Processes von Erheblichkeit und darum der Gegenstand einer genauern Betrachtung.

§. 85.

B) Allgemeine rechtliche Natur der getrennt betrachteten Proceßhandlungen.

1) Von gesetzmäßigen Commissivhandlungen I) der Parteien. a) Deren Material; α) überhaupt.

I. Von allen gesetzmäßigen Parteihandlungen, der Activität der Parteien, ist, außer Zeit und Ort, wovon gemeinsam mit den richterlichen Handlungen (§. 118 und 119) zu reden ist, zu erörtern: 1) der Stoff (§. 85—98); 2) die Form (§. 99—101); 3) die Zahl (§. 102); 4) die Wirkungen (§. 103). Was nun den Stoff der Parteihandlungen betrifft, so ist zu gedenken, daß alle Parteithätigkeit im jetzigen Civilprocesse mit wenigen Ausnahmen in einseitigen Anträgen einer Partei an das Gericht besteht, weil jeder streitende Theil nicht sowol selbst seinen Gegner zu einem bestimmten Betragen vermögen will, dieses auch durch seine Privatautorität nicht würde erlangen können, vielmehr das Gericht zu veranlassen strebt auf den Gegner einzuwirken, damit indirect der Erfolg erzeugt werde, den die Partei bei ihrem Gegner hervorzubringen sucht. Daher heißt es z. B. in der Praxis ganz richtig: Judici fit probatio, non partibus. Denn eine Ueberzeugung des Gegners darf man nicht hoffen hervorzurufen, weil man sonst eines Processes nicht bedürfte; den Richter aber muß man überzeugen, weil dieser ohne Ueberzeugung keine richterliche

Entscheidung oder Zwangsanwendung vornehmen würde, und sobald dieser überzeugt ist, der Zweck den Gegner zu einem gesetzlichen Betragen zu nöthigen ebenso erreicht wird, derselbe mag überzeugt sein oder nicht. Daher ist der heutige Civilproceß einfacher als der römische [1]), insbesondere der ältere, in welchem sehr häufig auch außer den wenigen einseitigen Anträgen einer Partei an das Gericht, welche z. B. in der postulatio actionis vel exceptionis enthalten waren, zweiseitige Handlungen beider Parteien, z. B. bei der Litiscontestation, und Verabredungen zwischen denselben vorkamen, wol gar förmliche Stipulationen, wodurch die Proceßschritte vertragsmäßig festgesetzt wurden, z. B. Verabredungen über die Termine des Erscheinens, Bürgschaftsleistungen u. s. w.; endlich aber auch einseitige Aufforderungen der einen Partei an ihren Gegner zulässig waren, z. B. interrogationes in jure, und im Nothfall durch eine Art Selbsthülfe geltend gemacht wurden, wie namentlich bei der in jus vocatio. Das hatte sich aber schon in den spätern Zeiten des römischen Reichs geändert und ist besonders von dem jetzigen gemeinrechtlichen Proceß wesentlich verschieden. Denn der Charakter dieses besteht darin, daß beide Parteien sich nur bestreben, Hülfe von Seiten des Staats, also des Gerichts, wider den Gegner zu erlangen, welcher sich angeblich widerrechtlich beträgt und durch die öffentliche Gewalt genöthigt werden soll, ohne Rücksicht auf eigenen Willen und Ueberzeugung gesetzmäßig zu handeln. Dabei fällt denn aber nicht allein alle Art von Selbsthülfe (§. 1, IV., S. 8 fg.) ganz hinweg, sondern es sind ebenso auch alle Verabredungen zwischen den Parteien unzulässig (§. 11, II., S. 86), wenn nicht das Gericht — was demselben nur unter großen Einschränkungen gestattet ist (Comp. §. 119, Note e) — selbst darein willigt. — Wenn demnach das heutige Verfahren hauptsächlich darin besteht, vom Gerichte auszuwirken, daß dieses den Staatsschutz einer Partei gewähre, sei es dem Kläger oder dem Beklagten, indem beide denselben Zweck nur in verschiedener Form und Richtung verfolgen: der Kläger, indem er die Verurtheilung des Beklagten und

---

1) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 42, 87, 108, 111, 125. Heffter, System des Römischen und des Civilproceßrechts, S. 274—309. Schmidt, Interdictenverfahren der Römer, S. 218, 235 fg.

nöthigenfalls richterliche Hülfe gegen ihn zu erlangen beabsichtigt, um dadurch zum Genusse des Rechts zu gelangen, welches er behauptet, der Beklagte aber wenigstens in seinem Betragen nicht anerkennt; der Beklagte dagegen, indem er vermittelst seiner Anträge an das Gericht nur die Abweisung des Klägers zu erreichen sucht, d. h. daß diesem die richterliche Hülfe versagt werde, weil er eben dadurch vom Staate bei dem Genusse dessen, was er bereits und noch hat, dem Kläger gegenüber geschützt wird: so kommt Alles darauf an, die Parteihandlung als ein taugliches Mittel zur Erreichung dieses Zweckes einzurichten; darin aber besteht der Stoff derselben.

II. Dieser Stoff der Parteihandlungen muß einestheils darin bestehen, dasjenige vollständig zu bezeichnen, was vom Gerichte begehrt wird, also eine genügende Darstellung derjenigen Rechtsverhältnisse, für welche der richterliche Schutz nachgesucht wird, enthalten. Man nennt dies in der Kunstsprache das Petitum des Antrags. Anderntheils müssen sodann vorzüglich die rechtlichen Gründe ausgeführt werden, durch welche das Gericht die Kenntniß und Ueberzeugung erlangt, daß hier ein Fall vorliege, in welchem es von seinem Rechte und seiner Pflicht, den verlangten Staatsschutz zu bewilligen, Gebrauch zu machen habe. Denn alle richterlichen Verfügungen, seien es Verweigerungen oder Gewährungen des Erbetenen, sind nicht Sache der Willkür oder Gnade, sondern bestehen lediglich in Erfüllung der Amtspflicht, die dem Gericht obliegt, und können daher nur durch Rechtsgründe hervorgerufen werden. — Dieser allgemeine Stoff der Parteivorträge steht aber nicht bei allen einzelnen Proceßschritten in unmittelbarer Verbindung mit dem letzten Zwecke jedes Rechtsstreits, wie dies bei den Klagen und Einreden, den Executionsgesuchen u. d. m. allerdings der Fall ist, sondern ist häufiger mit diesem Zwecke blos mittelbar verbunden, d. h. er hat zunächst zwar irgend einen eigenen Specialzweck, allein zuletzt keinen andern, als welcher entweder zur Erreichung des Endzwecks unentbehrlich ist z. B. Beweisführungen, Appellationen, oder welcher wenigstens zur Erreichung des letzten Zweckes etwas beiträgt, wie manche Provisorien, Arrestanlegungen u. s. w. Denn wäre keins von beiden der Fall, so müßte die ganze Parteihandlung als unnütz und unerheblich, deshalb aber als verwerflich erscheinen.

III. Jene erste Gattung aber, welche mit dem letzten Zwecke jedes Rechtsstreits in unmittelbarer Verbindung steht, bildet den hauptsächlichsten Stoff der an das Gericht gerichteten, einseitigen Parteivorträge, welche man zweckmäßig Angriffe nennt. Denn sie sollen auf die Rechte und Pflichten der Gegenpartei, sei es in Ansehung der Hauptsache, oder gewisser processualischer Schritte, durch den erbetenen Gerichtsbeschluß nachtheilig wirken, indem der Gegner etwas leiden oder thun muß, was für sein Interesse nur hinderlich sein kann, vom Gericht aber zuvor beschlossen sein muß. In allen solchen Angriffen ist eine Behauptung der vortragenden Partei enthalten, daß bestimmte Rechtsgründe im einzelnen Falle vorhanden und anwendbar seien, weshalb das vorgetragene Petitum bewilligt werden müsse, mögen diese Gründe nun in bloßen Rechtssätzen bestehen, oder, was zu deren Anwendung ebenso unentbehrlich sein wird, in Thatsachen, worauf sich die Anwendung jener Rechtssätze gründet. — Neben jenem ersten Stoffe der Parteivorträge ist aber durch die deutschen Gesetze ein zweiter als nothwendig hinzugefügt, welcher mit dem Namen der Antworten bezeichnet wird. Denn die Reichsgesetze[2]) haben es allen Partrien zur Pflicht gemacht, sich über die Wahrheit derjenigen Thatsachen bestimmt zu erklären, welche als Grund eines Angriffs gegen sie im einzelnen Rechtsstreite zu betrachten sind, sich darauf einzulassen. Dies versteht man heutzutage unter der Pflicht der Litiscontestation (Kriegsbefestigung). Es bestehen aber diese Antworten in nichts weiter als in einer bestimmten, deutlichen Erklärung (§. 100, V.), ob man das vom Gegner behauptete Factum als wahr anerkenne oder nicht, so daß nur ein Ja oder Nein, bei fremden Handlungen aber ein Nichtwissen hinreicht, um eine solche Litiscontestation abzugeben. Dieser zweite Stoff der Parteivorträge bezweckt nicht sowol den eigenen Vortheil der antwortenden Partei, als vielmehr die Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege, welche daraus hervorgeht, daß unnöthige Beweisführungen vermieden, das Gericht also desto schneller in den Stand gesetzt wird, ein Enderkenntniß zu fällen. Daher besteht dieser Stoff in Erfüllung einer unmittelbar gesetzlichen Pflicht, welche jeder Partei, so oft in den Angriffen ihres Gegners factische

2) Jüngster Reichsabschied, §. 37.

Behauptungen sich finden, die einer Beantwortung bedürfen, durch das Proceßgesetz selbst auferlegt ist, vorausgesetzt, daß die Richtigkeit oder Unrichtigkeit solcher Thatsachen nicht von selbst aus den Acten hervorgeht, z. B. der Tag der Publication eines Urtheils, die Insinuation eines Decrets, indem es darüber keiner Antwort bedarf. Eben darum sind alle Antworten mit einem besondern Petitum nicht versehen, vielmehr versteht es sich von selbst, daß das Geleugnete vom Gegner zu beweisen ist, das Zugestandene dagegen eines weitern Beweises nicht bedarf. — Endlich gibt es zwar noch eine Art des Stoffes der Parteihandlungen; allein dieselbe bezieht sich weniger allgemein auf den ganzen Gang des Processes, sondern ist nur gewissen Abschnitten desselben eigenthümlich, indem sie entweder zu den Formen eines solchen Abschnitts gehört, z. B. die Beweisartikel in der Beweisinstanz, oder eine bloße Befolgung richterlicher Auflagen enthält, z. B. die wirkliche Leistung einer auferlegten Caution. Nur die conclusio in causa, welche auch zu dieser Art von Stoff der Parteivorträge zu zählen und weder Angriff noch Antwort ist, weicht hierin ab, indem sie für alle Abschnitte des Civilprocesses gleichmäßig paßt. Von ihrer eigenthümlichen rechtlichen Natur ist weiter unten besonders zu handeln (§. 102).

IV. Daß aber, abgesehen von diesen besondern Fällen, sich alle Parteivorträge hinsichtlich des Materials auf jene zwei Classen des Stoffes zurückführen lassen, das erweist sich sehr leicht, wenn man die einzelnen Abschnitte des Verfahrens durchgeht. Denn 1) im vorbereitenden Abschnitte des Verfahrens wird mit der Klage, welche unverkennbar einen Angriff der beschriebenen Art enthält, der Anfang gemacht. Auf diese ist dann der angegriffene Beklagte zu antworten verpflichtet; insofern er aber sich durch Einreden gegen die Klage schützen will, unternimmt er, selbst nach dem Ausdrucke der Gesetze [3]), einen ähnlichen Angriff wie der Kläger durch die Klage. Auf jede einzelne Einrede, soweit sie in Thatsachen besteht, muß daher wieder vom Kläger geantwortet werden; doch steht auch ihm zugleich das Recht zu, dagegen durch sogenannte Repliken, welche nur neue Behauptung nach der Natur

3) L. 1 D. de except. (44, 1). Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

der Einreden sind, sich zu vertheidigen; eben dasselbe aber muß dann auf die Dupliken, Tripliken u. s. w. angewendet werden, indem diese sämmtlich in den Gesetzen mit dem Namen der Einreden[4]) bezeichnet sind. — Aber auch 2) in der Appellationsinstanz treten dieselben Grundsätze ein, indem die Reichsgesetze ausdrücklich eine gleiche Aehnlichkeit zwischen diesem und dem ersten Verfahren anerkannt haben. Denn diese Gesetze[5]) nennen die Appellationsausführung eine Klage, und vergleichen diesen Vortrag, jedoch nur in specieller Beziehung auf das Object, worüber Beschwerde geführt wird, mag dies die Hauptsache oder ein processualischer Schritt sein, mit dem Klaglibell. Dabei wird für die Appellationsinstanz derjenige als Kläger betrachtet, welcher die Beschwerde geltend macht, gleichviel, ob er in der Hauptsache Kläger oder Beklagter war. Auf einen solchen Appellationslibell soll der Gegner des Appellanten ebenso wie auf die Klagschrift antworten, was sogar auch hier Kriegsbefestigung benannt wird, ferner aber das Recht haben, mit der Antwort Einreden zu verknüpfen, theils dilatorische, theils peremtorische, sofern sie sich nur sämmtlich auf den Gegenstand der Appellation und das Appellationsverfahren beschränken. Nicht weniger wird dem Appellanten gestattet, bezüglich ist er dazu verpflichtet, auf diese Einreden sich einzulassen und etwaige Repliken vorzutragen, ganz so wie es in erster Instanz bei der Klage der Fall ist. — Die Grundsätze der Appellationsinstanz aber werden analog bei allen andern Rechtsmitteln angewendet, selbst bei solchen, welche vor den bisherigen Richtern zu verhandeln sind, z. B. Läuterungen, Revisionen. 3) In Ansehung der Beweisinstanz zeigt die tägliche Praxis in Uebereinstimmung mit ausdrücklichen Gesetzesvorschriften[6]), daß auch in dieser Antworten und Einreden vorkommen, erstere namentlich bei solchen Beweisartikeln, über welche der Eid zu-

4) L. 2, §. 1, D. de except. (44, 1). Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt. L. 22, §. 1, D. eod. tit. §. 1—3, J. de replicat. (4, 14).

5) Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 31, §. 1, 8, 11; Tit. 32, §. 1—5; Tit. 33, §. 2, 3, 4.

6) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 30, §. 7; Th. 3, Tit. 15, §. 1—5; Tit. 17, §. 1; Tit. 18, §. 1; Tit. 19.

geschoben worden ist. Es ergibt sich hieraus von selbst, daß die Beweisantretung, womit dieser Abschnitt eröffnet wird, ein der Klage ähnlicher Angriff sei, gegen welchen sich der Product durch jene Einreden und Antworten zu vertheidigen hat. Auf diese letztern erfolgen demnächst Beweisrepliken und andere Parteivorträge ebenso wie im ersten Verfahren, natürlich nur in specieller Beziehung auf das im einzelnen Falle eingeleitete Beweisverfahren. — Eine Ausnahme von dieser Regel und eine Eigenthümlichkeit lediglich des Beweisverfahrens bilden hier diejenigen Parteihandlungen, welche zur Beobachtung der Form der Beweisführung nöthig, jedoch weder Angriff noch Antwort sind, z. B. Beweisantretungsschreiben, bei ihrer geringen Anzahl aber jene Regel nur um so mehr bestätigen. 4) Aber selbst in der Executionsinstanz, und zwar in der eigentlichen, welche sich nur mit der Vollstreckung der Hülfe beschäftigt, sind die Anträge des Siegers auf Execution nur eine Art Angriffe und Contumacialanträge, auf welche der Verurtheilte zwar in der Regel nichts zu antworten hat, weil die dabei in Frage kommenden Thatsachen gewöhnlich aus den Acten hervorgehen, wogegen er sich jedoch durch Einreden[7]), welche namentlich die Art und Weise der Execution betreffen, insofern schützen kann, als diese nicht etwa versäumt sind (§. 267). Noch weit mehr zeigt sich dies aber bei den der Execution selbst vorangehenden Vorbereitungen in der sogenannten Liquidationsinstanz (§. 266), in welcher über das quid, quale, quantum nähere Erörterungen nach Analogie des ersten Verfahrens angestellt werden. — Wenn endlich 5) gewisse zufällige Parteihandlungen, welche an keine bestimmte Stelle im Proceß gebunden sind und daher den Namen der Zwischenhandlungen erhalten haben (§. 297 fg.), im einzelnen Falle vorkommen sollten, so wird sich im Ganzen genommen, sofern es überhaupt Parteihandlungen sind, zeigen, daß auch diese fast durchgehend in Angriffen bestehen, z. B. die Editionsgesuche, oder zu den eigentlichen Proceßhandlungen gar nicht, sondern nur zu denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche zufällig in einem Processe vorgenommen werden, gehören z. B. die Reassumtionen eines Rechtsstreits, die Litisdenunciationen, Sicherheitsleistungen.

7) Jüngster Reichsabschied, §. 15, 160.

V. Wenn daher aus dieser Betrachtung der einzelnen verschiedenen Proceßabschnitte sich der Grundsatz rechtfertigt, daß bei weitem die meisten und wichtigsten Parteihandlungen im Civilprocesse Angriffe und Antworten sind, so ist es nothwendig, deren allgemeine rechtliche Natur und die Unterschiede zu erwägen, welche zwischen beiden eintreten. Deshalb ist von den Angriffen zu merken, daß sie nie die Pflicht einer Partei sind, sondern nur zu deren Befugnissen, um ihr streitiges Recht geltend zu machen, gehören. Daher wird ein Angriff, welcher Art er auch sei, 1) niemals fingirt. Es muß vielmehr diese Befugniß von der Partei wirklich benutzt sein, weil im Nichtgebrauch derselben nur ein zulässiger Verzicht darauf liegt, weil ferner jeder Angriff unter anderm auch aus Thatsachen bestehen muß, die dem Richter nur aus den Acten bekannt sein, vom Gesetz aber nie fingirt werden können, und weil es an solchen Thatsachen fehlt, solange die Partei nicht selbst das in dieser Beziehung Erforderliche vorgetragen hat. Es können deshalb die Angriffe vom Gericht 2) auch nicht supplirt werden, wenn nicht in den Acten die dazu erforderlichen Thatsachen vorkommen und die Partei blos unterlassen hat, diejenigen Rechtssätze hervorzuheben, welche in Verbindung mit jenen Thatsachen einen solchen Angriff bilden würden. Denn in diesem Falle kann mit Beobachtung der gesetzlich[8]) vorgeschriebenen Grenzen allerdings vom Gerichte auch ein nicht ausdrücklich ausgesprochener Angriff, wozu das Material in den Acten bereits vorliegt, supplirt werden. Hieraus ergibt sich denn weiter, 3) daß alle Angriffe, wie erwähnt (II., S. 457), außer ihrem Petitum hauptsächlich aus zweierlei Bestandtheilen zusammengesetzt sind, den Rechtsgrundsätzen und den Thatsachen. Die erstern können wol sehr kurz angedeutet sein, die letztern aber, welche man unter der Bezeichnung der Geschichtserzählung begreift, müssen alles das vollständig anführen, wovon die Existenz oder die Beschaffenheit einer bestimmten Person oder Sache oder eines Ereignisses abhängt. Diese Geschichtserzählung,

---

8) L. un. C. ut quae desunt advoc. (2, 11). Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel iis, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire.

das dicere der L. 2 D. de probation. (22, 3)[9]), ist aber um so nothwendiger, weil Angriffe durch bloße Rechtsgrundsätze nicht begründet werden können[10]), indem es sonst am Untersatze des Syllogismus fehlen würde, ohne welchen das Gesetz keine Anwendung auf den einzelnen Fall finden könnte. Es ist jedoch nicht nöthig, daß zu jedem Angriff neue Thatsachen hinzugefügt werden; vielmehr können mehre Angriffe auf dieselben Thatsachen gestützt werden, wie dies nicht nur bei successiven Cumulationen von Klagen oder Einreden, sondern noch mehr bei Einreden im weitern Sinne des Worts geschieht. Denn hier kommt der Fall häufig vor, daß derjenige, welcher sich ihrer bedient, die vom Gegner angeführten Thatsachen zu Grunde legt und als wahr annimmt, um zu zeigen, daß selbst nach dieser Erzählung des Gegners es an allem Rechtsgrunde fehle, um auf die vorgetragenen Thatsachen den Angriff des Gegners stützen zu können, z. B. es leugnet bei einer auf Alimente für ein illegitimes Kind gegen den väterlichen Großvater gerichteten Klage der Beklagte nicht allein diese Verwandtschaft, sondern bedient sich auch zugleich der exceptio in thesi juris non fundatae actionis. Man pflegt nach diesen Fällen eine besondere Classe der Einreden zu benennen, die sogenannten exceptiones juris (§. 95 a. E.). Namentlich gehört hierher aber noch, wenn ein Angriffener die Behauptung des Gegners zu dem Ende benutzt, um für sich selbst Ansprüche daraus herzuleiten (antistrephusa)[11]). Dieser Fall tritt aber dann ein, wenn nicht sowol in separato als in demselben Rechtsstreite, gestützt auf die Erzählungen des Gegners, neue Klagen oder Einreden begründet werden, sofern nur darin eine mutatio libelli nicht enthalten ist, z. B. wenn bei einer Darlehnsklage der Beklagte den Empfang des Geldes zwar zugesteht, jedoch behauptet, die Summe sei dem Beklagten als Depositum oder als Schenkung gegeben worden. — Charakterisirt werden aber die

9) L. 2 D. de probat. (22, 3). Ei incumbit probatio, qui *dicit*, non qui negat. Jüngster Reichsabschied, §. 34.

10) Jüngster Reichsabschied, §. 34: „. . . ein jeder Kläger seine Klag oder Libell allein summarischer Weise, darinnen das Factum kurz und nervose, jedoch deutlich distincte und klar, verfaßt und außgeführt sey.“ Vergl. Bayer, Vorträge (Aufl. 8), §. 164, S. 527.

11) Hommel, Rhapsod., vol. IV, obs. 501.

Angriffe weiter 4) durch die **Wirkung** derselben, daß sie, soweit sie in Thatsachen bestehen, den angreifenden Theil verpflichten, die Wahrheit dieser Thatsachen, wenn der Gegner sie bestreitet, darzuthun, dem Angreifenden also die Last des Beweises derselben zuziehen, er mag Kläger oder Beklagter sein[12]. Es folgt dies nach der Natur der Sache daraus, daß der Angreifende das Gericht zur Verurtheilung des Beklagten veranlassen will, mithin Alles erfüllen muß, was nothwendige Bedingung der Verurtheilung ist, und dazu gehört vor allen Dingen die Herstellung der Wahrheit der behaupteten Thatsachen. Nur ausdrückliche gesetzliche Vorschriften[13]) können Ausnahmen von dieser Regel begründen. Je schwieriger es nun aber im Allgemeinen ist, Thatsachen als richtig zu beweisen, desto vorsichtiger muß bei Abfassung aller Angriffe zu Werke gegangen werden, damit nicht durch Anführung unnöthiger Thatsachen die Beweislast vermehrt oder zweifelhaft werde, ebenso wenig aber durch Weglassung nothwendiger Thatsachen die Zulässigkeit des Angriffs selbst bedenklich gemacht werden könne. 5) So sehr nun alle Angriffe in diesen wesentlichen Erfordernissen und Folgen mit einander übereinstimmen, so ist doch endlich noch ein Unterschied zwischen denselben nicht zu übersehen. Vermöge dieses zerfallen alle Angriffe in zwei Unterabtheilungen, in solche Angriffe, wodurch eine **Verurtheilung** des Gegners oder doch eine Veränderung der bisherigen Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien bewirkt werden soll und wohin vorzüglich die **Klage**, die Appellationen und ähnliche Anträge gehören, und in **Einreden im weitern Sinne**, wodurch zwar eine Zurückweisung der Anträge des Gegners bewirkt, nie aber eine Veränderung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien hervorgebracht werden soll. Unter diesem Begriffe der Einreden werden aber Repliken und Dupliken mit umfaßt, indem auch diese keinen andern Zweck verfolgen und sich daher durch die gleichen Kennzeichen von jener ersten Classe unterscheiden.

VI. Ganz andere Grundsätze treten dagegen bei den **Antworten** ein. Denn diese sind, wo sie auch im Proceß vorkommen

12) L. 2, 12, 19, D. de probat. (22, 3). L. 1 C. eod. tit. (4, 19).

13) L. 11, 25, pr. §. 1, 4, D. de probat. L. 3 C. eod. tit. L. 80 D. de rei vind. (6, 1). Unten §. 182, III.

mögen, immer von einer und der nämlichen Art, entnehmen ihren Stoff nie[14]) dem Inhalte inländischer publicirter Gesetze oder Rechtssätze, über welche höchstens durch Einreden gestritten werden kann, betreffen auch nie das Petitum des gegenseitigen Angriffs, sondern beschränken sich allein auf die vorgetragenen Thatsachen, zu welchen bekanntlich der Inhalt ausländischer Gesetze, inländischen Gewohnheitsrechts und eigentlicher Privilegien allerdings zu rechnen sind (§. 16, VIII., S. 133). Die Richtigkeit dieser Behauptung folgt aber daraus, daß die Antwort, sobald sie bejahend ist, alle Beweisführung unnöthig machen soll; eine solche Antwort aber über Rechtssätze weder erfordert werden, noch in Bezug auf dieselben etwas entscheiden kann, weil das Gericht die Rechtssätze aus eigener Wissenschaft kennen und nach selbständiger Ueberzeugung richtig anwenden muß; dagegen, wenn die Antwort verneinend ist, dadurch der Beweis des Rechtssatzes, sobald dieser Rechtssatz nicht überhaupt zu den Thatsachen zu zählen ist, aus gleichem Grunde nicht veranlaßt werden kann. — Wenn sonach nur Thatsachen den Gegenstand der Antworten abgeben, so entsteht weiter die Frage, auf welche Thatsachen im einzelnen Falle die Antwort abzugeben sei. Da leidet es denn keinen Zweifel, daß nur dasjenige zu beantworten ist, was die Gegenpartei in ihrem Angriffe behauptet hat. Denn nur aus dem Angriffe selbst ist der Stoff der Antwort herzuleiten, da alle dort nicht behaupteten Thatsachen in den Acten überall nicht vorkommen können, wenn nicht der Angegriffene durch einen neuen Angriff sie hereinbringt. Jedoch ist nicht unbeachtet zu lassen, daß in den Angriffen des Gegners bisweilen auch stillschweigend[15]) Behauptungen vorkommen, welche nicht zu übersehen, sondern hervorzuheben und gehörig zu beantworten sind. So behauptet namentlich jede Partei, welche ihren Angriff auf ein Rechtsgeschäft stützt, von selbst das Vorhandensein aller Thatsachen, ohne welche dieses Geschäft juristisch nicht existiren würde, oder doch die behaupteten Wirkungen gegenwärtig noch nicht äußern könnte, so z. B., daß die gesetzlichen Formalitäten des Geschäfts beobachtet

14) Jüngster Reichsabschied, §. 37.

15) Brackenhöft, Erörterungen, S. 440—444. Schmid, Handbuch, §. 95, Note 2.

seien, daß es unbedingt abgeschlossen, oder die verlangte Zahlung schon fällig sei. Wenn man in einem solchen Falle mit Vorsicht zu Werke gehen will, so ist es zu empfehlen, einem solchen unvollständigen Angriffe zuvörderst die exceptio libelli obscuri entgegenzusetzen, damit dadurch der Gegner genöthigt werde, ausdrücklich die Behauptung der stillschweigend supponirten Erfordernisse seines Angriffs nachzuholen; und nur da, wo man zugleich eventuell auf den Angriff antworten muß, wird dann eine Ergänzung der fehlenden Thatsachen in der Absicht hinzugefügt, um sie, als stillschweigend behauptet, beantworten zu können. Denn auf diese Weise wird dem Streite vorgebeugt, ob (was wegen der Beweislast so überaus von Wichtigkeit ist) die eventuelle Antwort nicht vielmehr eine wahre Einrede sei. — Umgekehrt enthalten manche Angriffe viel zu viel Thatsachen, auf welche es zur Begründung des Angriffs im einzelnen Falle gar nicht ankommt, welche vielmehr bald völlig irrelevant sind, bald nur in einer andern Eigenschaft in Frage kommen können, als in der Qualität eines Bestandtheils jenes Angriffs, was besonders häufig bei allen Anticipationen vorkommt. So wenig nun offenbar unerhebliche Thatsachen irgendwie den Gegenstand der Beantwortung ausmachen sollen[16]), ebenso wenig sollte sich die antwortende Partei durch Anticipationen abhalten lassen, ihre Vertheidigung auf gehörige Weise zu führen und erst dann damit das Anticipirte gehörig zu vergleichen. Daher darf sich eine Partei durch das in der Klage anticipirte Leugnen der Bezahlung der Forderung nicht abhalten lassen, zuerst die Einrede der Zahlung vollständig vorzutragen und dann zu prüfen, ob jenes Leugnen alle Thatsachen umfasse, welche dieser Einrede zum Grunde liegen, widrigenfalls eine verbesserte Antwort verlangt werden muß. Damit aber der Antwortende in dieser Beziehung einen sichern Weg betrete, muß er vor Abfassung seiner Antwort sich aus der richtigen Theorie über den zu beantwortenden Angriff klar machen, welche Thatsachen für einen solchen Angriff entweder als wesentlich nothwendig oder doch als zulässig zu betrachten

16) Jüngster Reichsabschied, §. 50. Ueber anticipirte Repliken vergl. Martin, in Adolf Martin's Jahrbücher für Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Bd. 1, S. 182 fg., 194 fg.

sind. Nur diese und keine andern Thatsachen hat er zu beantworten, indem die fehlerhafte Fassung des Angriffs von Seiten des Gegners weder ihn noch das Gericht bestimmen können, über die Beweislast sich irre leiten zu lassen, und etwas als Fundament des Angriffs zu behandeln, was den Gesetzen nach nicht dazu gehört, wol aber nicht nur durch jene fehlerhafte Abfassung, sondern auch durch den in der Praxis häufig gemisbrauchten Ausdruck einer Einrede, z. B. exceptio deficientis legitimationis ad causam, nicht selten zweifelhaft gemacht wird. Denn daß bei allen solchen fehlerhaften Vorträgen nur die richtige Theorie über deren juristische Beurtheilung zu Grunde zu legen sei, folgt zunächst aus den gesetzlichen Regeln über Auslegung von Parteivorträgen, wonach diese stets in demjenigen Sinne genommen werden müssen, wie sie den Gesetzen angemessen und den Parteien am unschädlichsten sind[17]; sodann aber aus der richterlichen Pflicht, die von den Parteien begangenen Fehler, soweit sie dem gemeinen Rechte zuwiderlaufen, von selbst zu verbessern (§. 16, S. 133; §. 63, S. 383); und endlich aus der Unmöglichkeit, den Grundsatz durchzuführen, daß fehlerhafte Vorträge der Parteien die processualischen Rechte und Pflichten dieser verändern könnten, da hierdurch eine unauflösliche Verwirrung in das Verfahren gebracht werden würde.

VII. Aus diesem Stoffe der Antworten ergibt sich nun auch die Wirkung derselben, indem in keinem Falle den Antwortenden irgend welche Beweislast über das Geleugnete treffen kann, selbst dann nicht, wenn sein Gegner erklärte, er sei nicht im Stande, den ihm obliegenden Beweis zu führen, vielmehr es genügt, um einen Angriff als unstatthaft zurückzuweisen, wenn der Angreifende denselben nicht gehörig zu beweisen vermag[18]). Dadurch wird aber dem leugnenden Antworter das Recht nicht entzogen,

---

17) L. 66 D. de judic. (5, 1). Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei accipiendum est.

18) L. 23 C. de probat. (4, 19). Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 4 i. f. C. de edendo (2, 1). Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.

die Richtigkeit seines Leugnens im Gegenbeweise darzuthun, weil der Erfolg der Beweisführung im Civilprocesse höchst unsicher ist. Mislingt ihm jedoch dieser Gegenbeweis, so hindert dies dennoch nicht, daß er von dem Angriffe entbunden werde, weil Alles davon abhängt, ob die angreifende Partei den ihr obliegenden Beweis geführt hat oder nicht. Sobald dagegen die Antwort bejahend ausgefallen ist, besteht ihre Wirkung in der eines gerichtlichen Geständnisses, welches allemal dem Bekennenden zum Nachtheil, dem Gegner zum Nutzen gereicht. — Da hiernach der behauptende Gegner jederzeit zum Beweise seines Angriffs bereit und gerüstet sein muß[19]), so ergibt sich daraus, daß die gehörige Beantwortung des gegnerischen Angriffs nicht sowol zu den Rechten als zu den Pflichten, welche jeder im Civilprocesse angegriffenen Partei durch das Gesetz unmittelbar auferlegt sind, um dadurch den Proceß möglichst abzukürzen, gehört. Man darf daher auch in der Antwort nicht eine wahre Vertheidigung[20]) des Antwortenden finden wollen, weil, wenn auch in dem Falle, wo nach einer verneinenden Antwort der Beweis des Angreifers mislingt, indirect eine solche vorhanden ist, doch dies nicht Folge der Antwort ist, sondern auch dann eingetreten wäre, wenn keine Antwort erfolgt, der Beweis des Angriffs aber ebenfalls mislungen wäre. Aus diesem Gesichtspunkte einer Verpflichtung des Angegriffenen folgt dann aber, daß, wenn eine solche Pflicht gar nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, der ungehorsame Angegriffene sich zur Strafe seines Ungehorsams der gesetzlichen Fiction aussetzt, als habe er geantwortet und, wenigstens nach Landesgesetzen alles das, was der Gegner behauptet hat, zu seinem Nachtheile eingeräumt. Das gemeine Recht hat jedoch diese Fiction darauf beschränkt, daß, sobald keine Antwort erfolgt ist, eine negative fingirt werden soll, und damit dann zugleich den Verlust der Einreden, welche man einer wirklich abgelegten Antwort hätte beifügen können, sowie die Pflicht zur Kostenzahlung, selbst im Falle

---

19) L. 42 i. f. D. de reg. jur. (40, 47) — nam plane, qui agit, certus esse debet — et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.

20) Linde, Lehrbuch (Aufl. 7), §. 150. Brackenhöft, Erörterungen, S. 399 fg.

des Gewinnens des Processes, verbunden. Ist dagegen die Antwort nicht gehörig abgegeben, indem z. B. das in das Nichtwissen gestellt ist, was entweder hätte bejaht oder verneint werden müssen, so kann wol ausnahmsweise eine bejahende Antwort fingirt werden, z. B. wenn es sich um Anerkennung einer Urkunde handelt. Die neuern Proceßgesetzgebungen dagegen haben die Fiction einer bejahenden Antwort als die alleinige Strafe angenommen, welche den ungehorsamen Antworter treffen solle.

§. 86.

b) Besonders von rechtlicher Natur.

A) Der Klagen und Einreden; aa) gemeinschaftlich.

Nachdem im vorhergehenden Paragraph (III. u. V.) das hervorgehoben worden ist, was den Klagen[1] und Einreden gemeinsam ist, weil beide zu den Angriffen gehören und als solche von Demjenigen, der sich ihrer bedient, auf eigene Behauptungen gestützt sein müssen, gleiche Vertheidigungsarten des durch sie Angegriffenen veranlassen und regelmäßig gleiche Verpflichtungen in Rücksicht auf die Proceßverhandlung erzeugen, muß hier noch der Unterschiede, welche gleichwol zwischen beiden bestehen, Erwähnung geschehen. Die Klagen, sowie alle andern den Klagen ähnlichen Parteihandlungen (z. B. Appellationen), behaupten ein dem Klagenden wirklich zustehendes Recht, nicht blos den Mangel eines solchen auf Seiten des Gegners, was allerdings zu Einreden genügen kann[2]), und haben den Zweck, den bisherigen Zustand zu verändern, während die Einreden dessen Erhaltung bezwecken[3]).

---

1) Außer den im Comp., Note a, citirten Schriftstellern vergl. v. Savigny, System des Römischen Rechts, V, §. 204—224. Brackenhöft, Erörterungen, §. 157, 158. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, §. 95 (Bd. 2, S. 4 fg.).

2) L. ult. C. de rei vind. (3, 32). Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur. Z. B. die Einrede der Verjährung. Schmidt, Klagen und Einreden (Ausg. 9), §. 116, Note 2. Gesterding, Ausbeute, II, 798.

3) L. 2, §. 2, D. de except. (44, 1). Cap. 2 X. de ord. cognit. (2, 10). Cap. 5 X. de except. (2, 24).

Klagen werden nie, wie einige Einreden, vom Gericht supplirt, sind dagegen aber von den vorbereitenden Proceßschritten des Beklagten unabhängig und deshalb der erlöschenden Verjährung schon vor Beginn des Rechtsstreits unterworfen[4]), wogegen die Einreden, durch die vorausgegangene Klage bedingt, ihrer Natur nach der erlöschenden Verjährung erst dann, wenn der Rechtsstreit begonnen ist, unterliegen[5]), mit Ausnahme natürlich derjenigen Einreden, deren Gebrauch an eine bestimmte Zeit gebunden ist (exceptiones temporales)[6]), z. B. non numeratae pecuniae. Gleiches gilt ebenso von den der Klage wie den Einreden gleichstehenden Proceßschritten. Manchen Rechtsverhältnissen endlich haben die Gesetze alles Klagrecht versagt, wol aber dieselben als Einreden zu benutzen gestattet[7]); dagegen gibt jedes Rechtsverhältniß, aus welchem eine Klage zugelassen ist, auch eine Einrede und solange nicht derselbe Gegenstand zweimal gefordert wird, beides neben einander[8]), z. B. wenn die als Einrede der Compensation geltend gemachte Forderung das Klagobject übersteigt, wo dann wegen des Ueberschusses die Wiederklage zu erheben ist, auch mit der Einrede zugleich vorgetragen werden kann. Wird ein successiver Gebrauch der Einrede und der Klage gemacht, so ist die Klage nur dann noch zulässig, wenn die Einrede wegen deren Illiquidität verworfen oder, wenn sie zwar zugelassen, aber noch

4) L. 1, §. 1, C. de ann. except. (7, 40). L. 3, 7, §. 4, C. de praescr. XXX (7, 39). L. 30 C. de jur. dot. (5, 12). v. Savigny, a. a. O., S. 265 fg., 280 fg.

5) Arg. L. 5, §. 6 i. f. D. de except. (44, 4). L. 5, §. 6, de doli mali exc. (44, 4). Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 481. Puchta, Pandekten, §. 95.

6) v. Savigny, a. a. O., S. 175, Note 5.

7) Denjenigen, aus welchen nur eine Naturalobligation entsteht. Mühlenbruch, a. a. O., §. 330. Puchta, a. a. O., §. 237. v. Vangerow, Leitfaden, III, §. 567 und die dort citirten Schriftsteller. v. Savigny, a. a. O., S. 417 fg.

8) L. 1, §. 4, D. de superfic. (43, 18). Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. L. 156, §. 1, D. de reg. jur. (50, 17). Berger, Elect. discept. for., tit. 11, obs. 1, n. 4 i. f. — Dagegen ohne Grund Engau, tom. I, decis. 253, n. 2; 496, n. 2. — v. Savigny, a. a. O., V, 171 fg. v. Langenn u. Kori, Prakt. Erörterungen, I, Abh. 19, S. 162 fg. Brackenhöft, a. a. O., S. 455 fg.

nicht der ganze Betrag der Forderung erlangt worden ist. Auch ist in der Regel dasselbe Recht dann noch als Einrede geltend zu machen, wenn die Klage darauf bereits verjährt ist[9]).

§. 87.

bb) Einzeln: I) von den Klagen; 1) deren Gattungen.

Gehen wir nun davon aus, daß die Klage das Mittel der Rechtsverfolgung ist, wodurch Jemand die richterliche Hülfe in der Absicht positiv auffordert, um zum Genusse seines bestrittenen Rechts zu gelangen, so ist die Anzahl der einzelnen verschiedenen[1]) Klagen, weil jedes völlig wirksame, vom Staate anerkannte Recht eine Klage hervorbringen muß, nicht gering, wenn auch nicht alle mit einem eigenthümlichen[2]) Namen zu bezeichnen sind. So wichtig es aber hiernach nicht allein für den Richter, sondern namentlich auch für die Partei ist, die Natur der einzelnen Klagen genau zu kennen und bei Einleitung des Rechtsstreits zu prüfen, so wenig rathsam ist es für die Partei bei dem Vortrage der Klage, diese mit einem bestimmten Namen zu bezeichnen[3]). Denn einmal führt dies häufig zu Streit und Weiterungen, dann aber hindert es den Richter für die etwa gewählte weniger günstige, die bessere Klage durch Interpretation zu substituiren. So oft nämlich demselben Kläger zur Verfolgung des nämlichen

9) L. 5, §. 6, D. de doli mali et met. exc. (44, 4). L. 5, 6, 8, C. de except. (8, 36). Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 481. Franke, Abhandlungen, S. 74 fg. v. Savigny, a. a. O., §. 253—255, S. 413 fg. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, §. 92. Ausnahmen Mühlenbruch, a. a. O., §. 376. Thibaut, Besitz und Verjährung, §. 56; auch v. Savigny, S. 414—416. — Dagegen Unterholzner, Verjährungslehre, II, §. 156—160, 258. Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, III, 73—82.

1) v. Savigny, System des Römischen Rechts, V, §. 206—224. Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 138. W. H. Puchta, Gerichtliche Klagen, §. 15—29. Schilling, Institut, II, §. 101 fg.

2) L. un. D. de condict. ex lege (13, 2). v. Savigny, a. a. O., S. 542 fg. Mühlenbruch, a. a. O., Nr. 15. Glück, Commentar, XIII, 253 fg.

3) Cap. 6 X. de judiciis (2, 1). Weber, Beiträge, Stück 2, Abh. 10. v. Savigny, a. a. O., S. 148 fg.

Rechts mehre Klagen gegeben sind, steht ihm die Wahl zwischen den mehren zu und er entscheidet diese durch eine ausdrückliche Bezeichnung der Klage, wogegen, wenn dies unterbleibt, der Richter kraft des officium nobile die beste, welche aus den vorgetragenen Thatsachen folgt, durch Interpretation als die gewählte annehmen kann. — Das Recht einen Klagvortrag zu halten, das Klagrecht, wird nicht durch die Priorität der Zeit, sondern durch den Zweck, den Genuß des streitigen Rechts, mag man ihn in Wirklichkeit oder im Rechtssinne entbehren, zu erlangen charakterisirt. Alle Klagen gehen daher auf etwas Positives[4]). Aus diesen Gründen gibt es daher auch weder eine Klage darauf, daß dem Kläger eine persönliche Verpflichtung nie obgelegen habe, solange nicht Verletzungen erfolgen, sondern nur eine Provocation auf Klagerhebung, noch eigentliche Nullitätsklagen aus Obligationen, solange nicht Jemand kraft des ungültigen Rechtsgeschäfts einen Genuß hat, welcher fremde Rechte kränkt; wo dann der Verletzte die gewöhnliche Klage (nur mit anticipirter Replik) auf Abtretung des Genusses erhebt, z. B. bei der condictio sine causa, der rei vindicatio[5]). Etwas Anderes ist die Klage auf Aufhebung einer an sich bestehenden Verpflichtung, also auf Rescission eines Vertrags, welcher noch nicht erfüllt ist.

§. 88—90.

2) Deren allgemeine rechtliche Natur.

α) Die Klagen einzeln betrachtet. a) Klaggrund. b) Zweck der Klagen. a) Hauptzweck. b) Nebenzweck.

I. (Zu §. 88.) Da alle gerichtliche Rechtsverfolgung ein positives Institut ist, so bedarf auch jedes Klagrecht einen besondern Entstehungsgrund[1]). Dieser besteht in abstracto, weil nicht

---

4) L. 143 D. de verb. sign. (40, 16). Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest.

5) Arg. L. ult. C. de rei vind. (3, 32). Schmidt, Klagen und Einreden (Ausg. 9), §. 531, Note 2; §. 537, Note 5. (Oben §. 34, S. 217.)

1) Der Begriff „Klaggrund" ist von den Schriftstellern sehr verschieden aufgefaßt worden. Gönner, Handbuch, II, 33, §. 3, 4; namentlich

jedes Recht im Staate vollkommen wirksam, nicht jedes klagbar ist, in der gesetzlich anerkannten Befugniß das zu fordern, was man begehrt, mag diese Befugniß in den Gesetzen ausdrücklich oder stillschweigend, durch uneingeschränkte Anerkennung irgend eines Rechts, eingeräumt sein. Man nennt dies den entfernten Klaggrund (fundamentum agendi remotum). Derselbe bedarf nur dann eines Beweises, wenn er entweder aus einem fremden, nicht recipirten oder einem nicht geschriebenen, zweifelhaften Rechte oder einem Privilegium [2]) entnommen und darauf die Klage gegründet wird (§. 16, S. 133), z. B. bei der Retractsklage. Außerdem muß aber die Anwendbarkeit dieser abstracten Berechtigung auf den concreten Fall ersichtlich sein, und das bildet den nähern Klaggrund (fundamentum agendi proximum). Es entsteht aber für den einzelnen bestimmten Kläger die Befugniß von dem überhaupt (in thesi) begründeten Klagrechte Gebrauch zu machen nur dadurch, daß sich bei ihm alle Erfordernisse finden, welche die Gesetze voraussetzen, so oft die specielle Klage angewendet werden soll; mithin bei Realklagen der Titel und die Art der Erwerbung, wodurch das bestimmte Recht erlangt ist, bei persönlichen das verpflichtende Factum, bei Klagen aus dem Personenrechte die Ansprüche, welche Jemand auf einen Zustand mit Recht oder Unrecht macht. Das Zusammentreffen aller solcher Umstände in der Person des Klägers bildet dessen Legitimation zur Sache; also, um bei obigem Beispiele stehen zu bleiben, der Umstand, daß er so nahe verwandt sei, um retrahiren zu können, daß das Grundstück ein avitum sei u. s. w. Ueber diesen Klaggrund ist am meisten Beweisführung nothwendig. Außer diesen beiden Klaggründen gibt es in den Fällen, wo in concreto zwar eine solche Klage begründet war, aber eine eigene, vom Entstehen des concreten Rechts getrennte Erwerbsursache für die-

---

Brackenhöft, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XI, 175—261. Sintenis, Erläuterungen über versch. Lehren des Civilprocesses, Heft 2 u. 3, S. 211 fg. Brackenhöft, Erörterungen, §. 152, S. 405 fg. Vergl. auch Bayer, Vorträge (Aufl. 8), S. 526, 535.

2) Glück, Commentar, III, §. 280, 281, S. 620. Weber, Verbindl. zur Beweisführung (Ausgabe von Heffter), S. 16, 245. Vorst, Beweislast, S. 63 fg. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 170. Gesterding, Ausbeute, V, Abth. 2, S. 201 fg.

sen Kläger nöthig war, einen mittelbaren Klaggrund (fundamentum agendi intermedium). Es muß dieser aber überall da in der Klage enthalten sein, wo entweder das streitige Recht nicht ursprünglich bei diesem Kläger entstanden, sondern auf ihn von andern Berechtigten übertragen ist (hier bildet der Titel der Uebertragung, z. B. die Cession, Erbfolge diesen Klaggrund für den bestimmten Kläger, dessen Legitimation zur Sache); oder wo das streitige Recht zwar ursprünglich bei diesem Kläger entstanden ist, es jedoch nicht blos eine einzige ursprüngliche Entstehungsart des nämlichen Rechts (denn wäre dies der Fall, so wäre die Art, das Recht zu erwerben, von dessen Entstehung nicht zu trennen), sondern mehre verschiedene Erwerbsarten gibt, und deshalb die Existenz des Rechts ein trennbares Factum von der Art des Erwerbs desselben ist — hier bildet der individuelle Modus der Erwerbung[3]) des Klagrechts den mittelbaren Klaggrund. — Fehlt es endlich nicht an der rechtswidrigen Beeinträchtigung des dem Kläger zustehenden Rechts, dann ist ausreichende Veranlassung vorhanden, von der Klagbefugniß Gebrauch[4]) zu machen.

II. (Zu §. 89.) Der Hauptzweck der Klage geht auf ein positives Verurtheilen des Beklagten, also auf Gewähr der Staatshülfe zur Erlangung des streitigen Rechts. Dieser Zweck wird in der Klagbitte ausgesprochen und ist je nach der Verschiedenheit des streitigen Rechts verschieden. Bei dinglichen Klagen[5]) ist er auf ein richterliches Anerkennen des behaupteten

---

3) Ob dieser bei dinglichen Klagen anzugeben sei, ist sehr streitig. Für das Römische Recht leugnet es Puchta, im Rhein. Museum, II, 251—270; III, 461—487; Institut, Bd. 2, §. 175. Dagegen Heffter, das. III, 222—238. Namentlich v. Savigny, System, VI, 456 fg., Beilage 17, S. 514 fg. Für das jetzige Recht ist es dagegen nothwendig. Jüngster Reichsabschied, §. 34, 37, 41. Puchta, Gerichtl. Klagen, §. 14. v. Langenn und Kori, Erörterungen, I, 98—113. Bayer, Vorträge, S. 531 fg. Linde, Lehrbuch, §. 152, Note 6.

4) Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer, S. 193. Anderer Meinung ist Brackenhöft, Erörterungen, S. 412 fg. — Ueber die monitorische Clausel unten §. 145.

5) Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 138. v. Savigny, a. a. O., V, §. 206 fg. Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, Lehrbuch, S. 74 fg., 140 fg.

Rechts oder der Eigenthumsfreiheit, bei persönlichen[6]) Klagen auf Verurtheilung des Beklagten zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit, bei Statusklagen[7]) endlich auf ein An- oder Aberkennen eines behaupteten Zustandes gerichtet.

III. (Zu §. 90.) Neben der Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache ist die Klage zugleich auf Erlangung aller Accessionen derselben, auf die Früchte, die Zinsen, soweit sie nicht als versprochene mittels einer selbständigen Klage verfolgt werden können, und auf die Proceßkosten oder den Schadenersatz für die verweigerte Anerkennung des Rechts gerichtet. Dieses bildet den Nebenzweck[8]) derselben. Accessionen der Art können durch eine besondere Klage nicht gefordert werden und sind daher vom Richter auch ohne ausdrücklich darauf gerichtete Bitte[9]) dem Sieger zuzuerkennen; schweigt daher das Urtheil darüber und geht so in Rechtskraft über, dann sind dieselben als aberkannt zu betrachten[10]). Von diesen Accessionen[11]) hat, was die Früchte betrifft, bei Realklagen der bonae fidei-Besitzer die noch hängenden oder ausstehenden aber noch nicht separirten, sowie die wirklich genossenen, außer wo es sich um eine Erbschaft handelt, in welchem Falle er von den consumirten nur soviel zu erstatten hat, als er dadurch bereichert worden ist, dagegen der malae fidei-Besitzer alle Früchte, welche er rechtmäßig hätte ziehen können,

---

6) §. 13 J. de action. (4, 6). v. Savigny, a. a. O., S. 17. Von den gemischten Klagen familiae herciscundae, communi dividendo, finium regundorum v. Savigny, a. a. O., S. 36, Beilage 13, Nr. 9. Ueber Ausdehnung des Begriffs auf alle Reivindicationen s. Löhr, im Magazin für Rechtswissenschaft, IV, Heft 1, Nr. 2. Fritz, a. a. O., S. 82 fg.

7) Fritz, a. a. O., S. 140 fg. v. Savigny, a. a. O., S. 19 fg.

8) Puchta, Grenzen des Richteramts, S. 99. Brackenhöft, Erörterungen, S. 415 fg.

9) L. 2 D. de usur. (22, 1). L. 25, §. 8, D. de aedil. edicto (21, 1). L. 49, §. 1, D. de act. emti (19, 1). Anderer Meinung sind Bayer, a. a. O., S. 537; Schmid, Handbuch, II, 15.

10) L. 4 C. depositi (4, 34). L. 13 C. de usur. (4, 32). L. 3 C. de fruct. et litium impens. (7, 51). Köchy, Meditation. 24. Quistorp, Beiträge, Nr. 58. Strube, I, 63.

11) Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, 271, 372; III, §. 714. v. Vangerow, Leitfaden (Aufl. 2), I, 585.

zu erstatten. Dagegen sind bei persönlichen Klagen[12]) die wirklich gezogenen (percepti), oder bei Verträgen, wo ein besonderer Grad der Diligentia zu leisten ist, die vernachlässigten zu gewähren, sobald eine individuelle Sache und kein Genus gefordert wird, und zwar bei Klagen, durch welche dem Kläger eigenthümlich gehörige Sachen zurückgefordert werden, z. B. als Dos gegebene Sachen, weil die Ehe nicht zu Stande kommt, bei dem Commodat, ohne Rücksicht auf die Mora des Beklagten, dagegen bei bonae fidei-Klagen, mit welchen eine fremde Sache gefordert wird (außer beim Kauf, wo sie von der Zeit der Perfection des Vertrags an zu entrichten sind), nur in Folge eines dazwischen liegenden Verzugs des Beklagten und von diesem an, bei Klagen nach strictem Rechte im römischen Sinne sogar erst von der Litiscontestation an, mag auch ein Verzug immerhin eingetreten sein. Zinsen von Früchten werden nur erstattet, wenn durch die vor Beginn des Rechtsstreits gezogenen Früchte die Erbschaftsmasse vermehrt wurde, und von Zeit der Rechtskraft des Endurtheils. — Die Zinsen[13]) stehen im Allgemeinen den Früchten gleich. Versprochene Zinsen bilden einen Theil der Hauptforderung und können mit besonderer Klage gefordert werden. Nicht versprochene[14]) Zinsen sind zu erstatten, wenn Zinsen wirklich gezogen wurden, oder auch, wenn keine gezogen wurden, in Folge Verzugs oder nach gesetzlicher Bestimmung bei den bonae fidei-Klagen, sobald von Anfang des Rechtsstreits die Höhe des schuldigen Betrags feststand[15]). Zweifelhaft ist es, ob es genüge, wenn nur eine außergerichtliche Mahnung vorliegt, dagegen jedenfalls von Zeit der Mittheilung der Klage[16]). Uebrigens sind fünf Procent das gesetzlich vorgeschriebene Maß solcher Zinsen[17]). — Schaden-

---

12) L. 38 D. de usur (22, 1).

13) Mühlenbruch, a. a. O., §. 361, 362.

14) L. 34 D. ibid. Weber, Versuche über Civilrecht, S. 223 fg. Glück, Commentar, XXI, §. 1131.

15) Madai, Lehre von der Mora, §. 5, 12, S. 62 fg. Namentlich mit Rücksicht auf L. 32 pr. D. de usur. (22, 1). L. 22 D. de reb. cred. (12, 1) wird behauptet, daß die außergerichtliche Mahnung nicht genüge.

16) L. 20 D. de rei vind. (6, 1). L. 31 pr. de reb. cred. (12, 1). Seuffert, Archiv für Entscheidungen, II, 148; III, 17, 18; V, 261.

17) Deputationsabschied von 1600, §. 139.

ersatz endlich ist, abgesehen von den Proceßkosten, besonders bei nicht geleisteten Handlungen zu gewähren; es wird darunter zugleich Alles begriffen, was das gesetzmäßige Maximum der Zinsen übersteigt[18]), nur ist dazu immer der Beweis erforderlich, daß man den angeblichen Schaden wirklich gelitten habe.

§. 91.

c) Personen, welche dabei ursprünglich vorkommen.

Zur Vermeidung von Nullitäten ist es, wie bereits oben (§. 33 fg., S. 212 fg.; §. 36, S. 232 fg.) gezeigt wurde, nothwendig, die richtigen streitenden Theile zu kennen. Nun ist zwar Jeder, der die Verletzung eines ihm für sich selbst zustehenden, klagbaren Rechts behauptet, eine Klage zu erheben befugt; allein daraus folgt für den concreten Fall noch nicht, daß er gerade der rechte Kläger sei. Ebenso ist Jeder, der das ihm gegenüber behauptete Recht des Andern anzuerkennen und demgemäß sich zu betragen sich weigert, allerdings der Beklagte, jedoch nicht immer der richtige. Es entscheidet vielmehr die Natur der einzelnen Klage, wer der rechte Kläger und wer der rechte Beklagte sei; denn es gibt nur wenige Klagen, bei denen jeder der beiden Interessenten wegen des nämlichen Objects beide Parteirollen zu übernehmen im Stande ist, die judicia duplicia. — Deshalb ist es wichtig die Natur der einzelnen Klagarten näher zu prüfen. 1) Bei den dinglichen Klagen, außer den Servitutenklagen, wird vom Kläger erfordert, daß ihm das dingliche Recht, welches die erhobene Klage gibt, für seine eigene Person zusteht und zwar, nach Römischem Rechte[1]) von Zeit der Litiscontestation bis zur Fällung des rechtskräftigen Urtheils; nach Kanonischem Rechte[2]) ist dies jedoch nur erforderlich, wenn in der Klage ein mittelbarer Klag-

18) Deputationsabschied von 1600, §. 139 a. E. Kind, Quaest. forens, V, cap. 55.

1) L. 7, §. 7, D. ad exhibendum (10, 4). L. 66 D. de rei vind. (6,1). L. 23 D. de judic. (5, 1). L. 14, §. 4, D. de aqua et aquae pluv. (39, 3). Vom nachherigen Verluste L. 14, §. 4, D. de condict. furtiva (13, 1). L. 205 D. de reg. jur. (50, 17).

2) Cap. 3 de sentent. in VI^{to} (2, 14).

grund angegeben ist, wogegen, wenn dies nicht geschehen ist, auch die spätere Erwerbung genügt, nach jetzigem gemeinen Rechte sollte mit Bezug auf die Vorschriften des jüngsten Reichsabschieds[3]) der letztere Fall gar nicht vorkommen; ferner daß das dingliche Recht nicht etwa ein ruhendes[4]) sei; und endlich daß der Kläger den Civilbesitz des Streitobjects entbehre[5]). Vom Beklagten aber wird bei diesen Klagen vorausgesetzt, daß er so besitze, daß darin eine Rechtsverletzung für den Kläger liege, also sein Besitz mit dem Rechte des Klägers unvereinbar sei, daß er also wahrer oder doch fingirter Besitzer sei. Das Erstere ist nur bei dem Civilbesitzer[6]) der Fall, und deshalb dem Naturalbesitzer eine eigene Einrede gestattet, um zu zeigen, er sei für solche Klagen der unrechte Beklagte, die exc. laudationis seu nominationis auctoris[7]). Schützt der Beklagte aber diese Einrede nicht gehörig vor, so fingiren die Gesetze, er sei Civilbesitzer, weil er den Streit annahm[8]) (liti se obtulit) und der Kläger mit Recht aus der actuellen Detention auf den Civilbesitz solange schloß, als die Einrede nicht vorgeschützt wurde. Als fingirter Besitzer wird ferner Derjenige betrachtet, welcher auf den Proceß sich einläßt,

---

3) Jüngster Reichsabschied, §. 34, 37, 41. W. H. Puchta, Gerichtl. Klagen, §. 14, S. 35 fg. Bayer, Vorträge, S. 531. Glück, Commentar, III, 621 fg. Linde, Lehrbuch, §. 152, Note 6. Dagegen F. C. Puchta, im Rhein. Museum, Jurispr., II, 251 fg.; III, 222. S. oben §. 88, Note 3.

4) §. 29 J. de rer. divis. (2, 1). L. 9 C. de rei vind. (3, 32).

5) Selbst im Concurse ist dies der Fall, wenn die Gläubiger sich weigern, eine deponirte Sache als solche anzuerkennen. §. 2 J. de act. (4, 6). Nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. L. 1, §. 6, D. uti possid. (43, 17). Ueber den Ausnahmefall bei Erbschaftssachen L. 1, §. 2, si pars hered. pet. (5, 4).

6) L. 25 de obl. et act. (44, 7). L. 27, §. 1; 36 pr. 42, 55, D. de rei vind. (6, 1).

7) L. 9, 27, pr. D. de rei vind. (6, 1). L. 9—13, D. de hered. pet. (5, 3). L. 16, §. 3, D. de pignor. (20, 1). L. 11 D. judic. solvi (46, 7). Arg. L. 7, §. 4—6, D. ad exhibend. (10, 4). L. 2 C. ubi in rem (3, 19). Cap. 5, §. 7, X. uilite non contest. (2, 6). Glück, Commentar, III, 197 fg. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, III, 404. — Auf persönliche Klagen dehnen dieselbe aus Linde, Abhandlungen aus dem Civilproceß, I, 125 fg. v. Langenn und Kori, Prakt. Erörterungen, I, Abh. 13, S. 114 fg.

8) L. 25, 27, §. 1, D. de rei vind. (6, 1).

obgleich er gar nicht besitzt[9]), dies auch nicht erklärt, dem Kläger aber dieser Umstand unbekannt ist, ebenso derjenige Civilbesitzer, welcher sich vor erhobenem Rechtsstreite des Besitzes des Streitobjects absichtlich[10]) entäußerte, wogegen Derjenige, welcher unabsichtlich und ohne eigene Schuld[11]) den Besitz während des Rechtsstreits verliert, frei ist. — Bei den Klagen wegen einer persönlichen oder dinglichen Servitut[12]) treten allerdings Eigenthümlichkeiten deshalb ein, weil es sich nur von der Beschränkung der Befugnisse des Eigenthums durch die auf den Gegenstand desselben sich beziehende Berechtigung eines Andern handelt, also der Besitz, nicht die Person den Kläger oder Beklagten bestimmt[13]). Das Klagrecht steht hier nur dem besitzenden Berechtigten und einigen ihm gesetzlich Gleichgestellten[14]) zu, und bei Realservituten bestimmt das Eigenthum des dienenden für die Negatorienklage, das des herrschenden Grundstücks für die Confessorienklage die Person des Klägers. Als Beklagter[15]) ist Derjenige zu betrachten, der sich zwar nicht im Besitze befindet, aber, entweder im Glauben einer Berechtigung auf die Servitut, oder auf die Freiheit seines Eigenthums von einer solchen, Störungen vornimmt. 2) Persönliche Klagen[16]) dagegen finden regelmäßig nur zwischen den Personen statt, zwischen welchen der im einzelnen Falle in Frage kommende individuelle Grund des Rechts oder der Verbindlichkeit besteht. Ausnahme hiervon bilden nur die actiones adjectitiae qualitatis[17]). Rührt aber der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung her, so genügt nicht

9) L. 27 pr. D. de rei vind. (6, 1). L. 45 de hered. pet. (5, 3).

10) L. 27, §. 1, 3. L. 36, D. de rei vind. — Auch der Pfandbesitzer: L. 16, §. 3, D. de pignor. (20, 1).

11) L. 27, §. 1. L. 63 D. de rei vind. L. 7, §. 5, D. ad exhibend. (10, 4).

12) Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 292, 293.

13) L. 5 pr. et §. 7 D. si ususfr. petat. (7, 6). L. 8, §. 3, D. si servit. vind. (8, 5).

14) Dahin sind zu rechnen die besitzenden Pfandgläubiger, der Emphyteuta und Superficiar. L. 66 D. de servitut. (8, 1). L. 3, §. 3. L. 9 D. de oper. et nov. nunc. (39, 1). L. 1, §. 9, D. de superficiebus (43, 18).

15) L. 10, §. 1, D. si servit. vind. (8, 5).

16) §. 1 J. de action. (4, 6). v. Savigny, System, V, S. 12 fg.

17) Mühlenbruch, a. a. O., I, §. 139, Nr. 8; III, §. 572 fg.

immer und nicht bei jeder Klage die erlittene Verletzung, um die Rolle des Klägers zu bestimmen; so steht z. B. die condictio furtiva nur dem Eigenthümer[18]) oder Pfandgläubiger zu, ebenso ist bei den Interdicten recuperandae und retinendae possessionis nicht jeder natürliche Besitzer, sondern nur Derjenige, welcher Interdictenbesitz[19]) hat, zur Klage berechtigt. — Was endlich die Präjudicialklagen[20]) betrifft, so tritt Derjenige als Kläger[21]) auf, welcher ein rechtliches Interesse hat, ein von dem Beklagten in Anspruch genommenes Statusverhältniß zu bestreiten, oder ein solches dem Widerspruch des Gegners entgegen für sich zu beanspruchen.

§. 92.

2) Nachfolger im Klagrechte, sowie des Beklagten.

Von dem Ereignisse, wonach andere als die ursprünglichen Subjecte an die Stelle des zum Klagen Berechtigten bezüglich des zu Verklagenden treten, von dem activen und passiven Uebergange[1]) der Klagen, gilt, falls dies die Folge 1) eines Todesfalles ist, die Regel: daß die Universalsuccessoren[2]) sowol activ als passiv in die Verhältnisse der streitenden Theile, mehre Erben aber nach Verhältniß ihrer Erbportion, eintreten, dagegen Singularsuccessoren[3]) nur da, wo entweder das Klagrecht oder die Stelle des Beklagten von der Uebertragung einer andern Haupt-

18) L. 1, 12, §. 2, D. de condict. furt. (13, 1).

19) v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 7, S. 67 fg.; §. 35, S. 415 fg.; §. 37, S. 43 fg.

20) Ob die Präjudicialklagen in rem oder in personam act. seien, ist viel Streit. Thibaut, Versuche, II, 53 fg. Glück, Commentar, II, §. 272. v. Savigny, System, S. 18 fg.

21) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 69. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 220 fg.

1) v. Savigny, System, V, §. 230, S. 196 fg. — Ueber die Wirkungen der Litiscontestation in Bezug hierauf unten §. 156.

2) L. 24, 208, D. de verb. signif. (45, 1). L. 62 D. de reg. jur. (50, 17). L. 37 D. de acquir. vel omitt. hered. (29, 2). Mühlenbruch, Pandektenrecht, III, §. 609 fg.

3) Mühlenbruch, a. a. O., §. 748—752.

sache abhängen, oder wenn eine Klage, sei sie bereits erhoben oder nicht, ausdrücklich als Legat vermacht und cedirt ist[4]) (dem Kläger präjudicirt[5]) es jedoch nicht, wenn ein Rechtsstreit vom Beklagten durch Legat auf einen Dritten übertragen ist), oder endlich im Falle des Universalfideicommisses. Als Ausnahmen von dieser Regel ist in Ansehung der Uebertragung des Klagrechts zu betrachten, daß die allein auf Rache abzielenden Klagen[6]), die Popularklagen[7]) und die aus höchst persönlichen Verhältnissen nicht übergehen; dagegen in Bezug auf die Uebertragung der Rolle des Beklagten, daß so oft diese vom Besitze des Streitobjects abhängt, nicht der Erbe als solcher, sondern nur, wenn er zugleich im Besitze[8]) des Streitobjects ist, den rechten Beklagten abgibt, und daß, so oft es sich um Erduldung[9]) einer Strafe handelt, diese vom Erben nicht abzubüßen ist, wogegen der Schadenersatz aus einem Verbrechen auch von den Erben, soweit die Erbschaft reicht[10]), gefordert werden kann. 2) Dagegen können unter den Lebenden, solange die Forderungen nicht bereits rechtshängig sind, und soweit nicht die Natur des Rechts oder gesetzliche Bestimmungen im einzelnen Falle entgegenstehen, Rechte wol, nicht aber Pflichten einseitig übertragen werden[11]). Deshalb kann die Stelle des Beklagten, wenn solche nicht lediglich durch den Besitz des Streitobjects begründet wird, in der Regel[12])

4) L. 3 C. de litigios. (8, 37) ist abgeändert durch L. 4 i. f. C. ibid.

5) L. 11, 28, §. 8, 13, D. de liberat. leg. (34, 3).

6) §. 1 J. de perpet. et temp. act. (4, 12) — excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur. L. 2, §. 4, D. de collat. (27, 6). Außer dem in Note b des Comp. Erwähnten, siehe v. Savigny, a. a. O., S. 200 fg.

7) Arg. L. 12 pr. D. de verb. sign. (50, 16). L. 7, §. 1, D. de popul. act. (47, 12). L. 5, §. 5, D. de his, qui effud. vel dejec. (9, 3).

8) L. 42, 52, 55, D. de rei vind. (6, 1). v. Savigny, a. a. O., S. 203 fg.

9) §. 9 J. de lege Aquil. (4, 3). L. 33 D. de obl. et act. (44, 7).

10) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 9, §. 6. Deputationsabschied von 1557, §. 22. Franke, Beiträge zur Erläut. einz. Rechtsmaterien, I, 35 fg.

11) Mühlenbruch, Cession, §. 23 fg., S. 246 fg., und Pandektenrecht, §. 497.

12) L. 1, §. 12, D. si quadrupes pauper. (9, 1). L. 55 D. de rei vind. (6, 1). L. 15 C. de donat. (8, 54).

nicht übertragen werden. Nach bereits rechtshängiger Sache aber ist auch die Uebertragung des Klagrechts nach gemeinem Rechte nicht statthaft[13]).

§. 93.

d) Gebrauch und Verjährung der Klagen.

I. Einen absoluten Zwang gegen den Inhaber eines Klagrechts, um ihn zur Geltendmachung desselben durch Erhebung der Klage zu nöthigen, gibt es nicht, wol aber einen hypothetischen, welcher ihn in die Alternative versetzt, entweder zu klagen oder die Befugniß zum Klagen zu verlieren. Dieser Zwang ist theils die Folge einer Provocation zur Klagerhebung, theils wird er durch die drohende Extinctivverjährung, theils in sehr wenigen einzelnen Fällen von Dritten ausgeübt[1]). Im ersten Falle setzt der Richter stets für die concrete Sache den Präclusivtermin, im zweiten dagegen hat ihn das Gesetz durch allgemeine Regeln für immer bestimmt. Denn das Wohl des Staats erfordert es, daß der Staat seine Hülfe nicht ins Unendliche dem zusichert, der es in seiner Macht hat, sie nur zu suchen; daher beschränken positive Gesetze diese Befugniß auf bestimmte Zeit, nach deren Ablauf zwar nicht das Recht selbst, welches durch die Klage verfolgt werden könnte, wol aber das Recht dieses vermittelst der Klage zu verfolgen, erlischt, so daß nur eine Naturalobligation übrig bleibt[2]). Der Hauptgrund

---

13) C. 2, 4, C. de litigiosis (8, 37). Mühlenbruch, Cession, §. 31.

1) In dem Fall der Verpflichtung aus der L. Rhod. de jactu, wo Derjenige, dessen Gut zur Rettung des Schiffes über Bord geworfen worden, den exercitor oder magister navis durch die actio locat. conduct. zur Klagerhebung gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen zwingen kann: L. 2, pr. §. 7, D. ad leg. Rhod. de jactu (14, 2); in dem Falle des bedingungsweisen Verkaufs einer verpachteten Sache: L. 13, §. 30, D. de act. empt. et vend. (19, 1) — si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut, quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.

2) Weber, Von den natürl. Verbindlichkeiten, §. 91, 92. Unterholzner, Lehre von der Verjährung, I, §. 26 fg.; II, §. 258. Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 481, Nr. 15, 16. Glück, Commentar, XXXV, 462. Puchta, Pandekten, §. 92. v. Savigny, System, V, §. 248, S. 366 fg.

dieses Verlustes für den einzelnen Kläger liegt in der Vernachlässigung der zeitigen Anstellung der Klage, also in der Nachlässigkeit, welche schon darin sich äußert, daß sich Jemand um das ihm zustehende Recht nicht kümmert, die ihm zustehenden Befugnisse nicht erkundschaftet, ohne daß dabei specielle Kenntniß des einzelnen Klagrechts nothwendig vorauszusetzen ist [3]).

II. Die Voraussetzungen des Eintritts der Extinctivverjährung [4]) des Klagrechts sind: 1) die juristische Möglichkeit der Rechtsverfolgung durch die Klage, 2) die Vernachlässigung derselben innerhalb der gesetzlichen Frist, und 3) guter Glaube des Beklagten bei denjenigen Klagen, auf welche dieser Begriff Anwendung leidet. — Was (zu 1) die Möglichkeit der Rechtsverfolgung betrifft, so stehen dieser entweder in den Gesetzen begründete, rechtliche Hindernisse, welche aus der Natur der einzelnen Klage oder aus der Person des Klägers hervorgehen, oder factische Verhinderungsgründe entgegen. Dergleichen aus der Natur der einzelnen Klagen folgende rechtliche Hindernisse sind aber vorhanden, wenn es sich um ein erst zukünftiges Recht handelt und dieses nicht schon deshalb für ein gegenwärtiges anzusehen ist, weil es entweder lediglich von dem Willen des Klägers [5]) abhängt, dasselbe in ein gegenwärtiges zu verwandeln, oder weil die Rechtsverhältnisse mit dem Beklagten nicht gerade in der Absicht eingegangen wurden, eine Zeit lang (unbestimmt) zu dauern; ferner wenn eine Rechtsverletzung überall noch nicht eingetreten, also actio nondum nata ist [6]). Die Verletzung eines

Anderer Meinung sind Löhr, Archiv für civil. Praxis, X, 70 fg. Heimbach, Zeitschrift für Civilrecht und Praxis, I, 436 fg.; v. Vangerow, Leitfaden, I, 177.

3) v. Savigny, System, III, Beilage 8, Nr. 25, 26; IV, §. 193.

4) Unterholzner, Verjährungslehre, II, §. 255—283. Göschen, Vorlesungen, Bd. I, §. 148—155. Kierulff, Theorie, I, 189—215. v. Savigny, System, V, §. 237—252.

5) L. 174 D. de reg. jur. (50, 17). Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur. Unterholzner, II, 319. Dagegen vergl. Thon, in der Zeitschrift für Civilrecht und Praxis, VII, 2—6.

6) L. 35 D. de judic. (5, 1). L. 7, §. 4, C. de praescript. XXX vel LX annor. (7, 39). v. Savigny, a. a. O., §. 239. Unterholzner, I, §. 18; II, §. 183, 260, 261—266. Thon, a. a. O., S. 1—57.

bereits vorhandenen Rechts ist aber als vor sich gegangen, ohne Rücksicht darauf, ob der Verletzte davon, daß sie geschehen, Kenntniß hat oder nicht, anzusehen: bei Realklagen, sobald das Streitobject ohne den Willen des Eigenthümers von einem Andern in Besitz genommen wird, der das Recht desselben daran nicht anerkennt; bei Servitutenklagen im Momente der störenden Handlung; bei der Faustpfandsklage in dem Moment des ohne Willen eingetretenen Verlustes des Besitzes; bei der hypothekarischen Klage, sobald die Pflicht zur Zahlung eingetreten ist; bei Erbschaftsklagen in dem Moment des Erbschaftsantritts[7]) des Gegners, wogegen, solange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, die Verjährung ruht. Bei persönlichen Klagen ist die Rechtsverletzung vorhanden, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit unterblieben, entweder sobald ein Zahlungstermin bestimmt und erfolglos verstrichen ist; oder wenn nicht auf Credit verkauft ist, sofort[8]); oder wenn Bedingungen gestellt sind, mit dem Eintritte dieser, oder falls terminliche Zahlungen ausgemacht sind, nach Verlauf der Frist für den einzelnen Posten, auf das ganze Recht aber, wenn Widerspruch gegen dasselbe erhoben worden war. Bei den possessorischen Klagen auf Erhaltung oder Wiedererlangung des Besitzes ist die Klage mit dem Moment der Störung oder Entziehung des Besitzes, bei denen auf Erlangung des Besitzes, sobald ein Anderer als der Berechtigte sich in den Besitz gesetzt hat, gleichwol das Recht zu besitzen für den Gegner existirte. Für die Statusklagen ist die Rechtsverletzung begründet, sobald die Anmaßung eines Status, der den Rechten eines Andern widerspricht, stattgehabt hat. Die rechtlichen Hindernisse der Verfolgung eines klagbaren Rechts, welche in der subjectiven Unfähigkeit des Klägers ihren Grund haben, äußern ihre Wirkung bei Curanden, bei Minderjährigen rücksichtlich der Klagen, welchen eine kürzere als die 30jährige Verjährung läuft, der Temporalklagen[9]), bei dem Haussohne rücksichtlich des peculium

---

7) L. 8, §. 10, D. de inoff. testam. querel. (5, 2). L. 36, §. 2, C. eod. (3, 28).

8) L. 14 D. de reg. jur. L. 41, §. 1, D. de verb. sign. (50, 16). Ueber die Anwendung auf Wechselklagen. Seuffert, Archiv, II, Nr. 321.

9) L. ult. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41).

paganum [10]), bei der Ehefrau rücksichtlich der Veräußerung der Dos während der Ehe [11]). — Zu den Thatsachen endlich, welche ein vorhandenes Klagrecht zu verfolgen nicht gestatten, gehört Kriegszeit, der Fall eines offenbaren Justitiums [12]), wo alle Gerichte mangeln, bezüglich außer Thätigkeit sind, die Abwesenheit des Beklagten [13]), bei Kirchen eingetretene Vacanz [14]); endlich läuft dem Eigenthümer einer Sache, welche derselbe durch einen Pachter oder Verwalter besitzen läßt, die Verjährung in Bezug auf die durch diese vorgekommenen Verletzungen erst von da an, wo der Eigenthümer sie erfährt, wogegen wenn die Verletzung während des eigenen Besitzes desselben erfolgt, die Verjährung während der Pachtzeit fortläuft [15]). Alle diese Hindernisse hemmen, so lange sie dauern, sowol den Anfang als den Fortlauf der Verjährung.

III. Ist nun aber (zu 2) keins dieser Hindernisse vorhanden, so tritt gleichwol die Extinctivverjährung des Klagerechts erst dann ein, wenn die Aufforderung der Staatshülfe zu dessen Schutze während der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit unterblieben ist [16]). Zur Beseitigung dieser Versäumniß genügt jedoch regelmäßig eine außergerichtliche Mahnung nicht, sobald nicht dadurch ein anderes Requisit der Verjährung vernichtet, z. B. bona fides oder ein ausdrückliches Anerkenntniß des Rechts des Klägers erlangt wird, oder bei Realklagen der Besitz der Sache ohne Fehler in die Hand des Berechtigten zurückkehrt; vielmehr muß der Kläger sein Recht bei Gericht klagend geltend gemacht haben, und es muß darauf vom Gericht an den Beklagten das Geeignete verfügt, eine Citation erlassen sein [17]), sofern nicht der

---

L. 3 C. de praescr. XXX vel LX annor. Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 481.

10) L. 1, §. 2, C. de annali exc. (7, 40).

11) L. 16 D. de fundo dot. (23, 5). L. 30 C. de jur. dot. (5, 12).

12) Cap. 10 X. de praescr. (2, 26). Jüngster Reichsabschied, §. 172.

13) Siehe jedoch L. 2 C. de annali exc. (7, 40). Unterholzner, a. a. O., I, §. 129.

14) Cap. 14 X. de praescr.

15) L. 12 C. de acquir. et retin. possess. (7, 32). Strube, I, Bed. 139. Vergl. auch L. 16 D. de fund. dotal. (23, 5).

16) v. Savigny, a. a. O., §. 243.

17) L. 3 C. de annali except. (7, 40) — — sed qui obnoxium suum

Beklagte abwesend ist. Ist dann der Rechtsstreit rechtskräftig [18]) zu Gunsten des Klägers entschieden, so läuft vom Eintritt der Rechtskraft eine anderweite gleiche Frist, um von den Vortheilen derselben Gebrauch zu machen. Wogegen, wenn der Proceß für den Kläger verloren geht, weil er entweder die unrechte Klage oder gegen den unrechten Beklagten die Klage erhob, dann die Verjährung doch eintritt. Uebrigens erstrecken sich die Wirkungen der Unterbrechung auf alle Correi [19]). — Bleibt dagegen eine gerichtlich erhobene Klage später liegen, so läuft eine anderweite, aber 40jährige Frist, die Versäumniß zu unterbrechen, vom Tage der letzten gerichtlichen Verhandlung in der Sache, sollte auch der Richter schuld an dem Liegenbleiben der Sache sein [20]). — Die gesetzliche Frist, innerhalb deren die Hülfe des Staats anzurufen ist, umfaßt bei Klagen, welche auf Verfolgung eines Civilinteresses gerichtet sind, in der Regel 30 Jahre nach natürlicher Zeitrechnung [21]). Die Ausnahmen von dieser Regel dehnen entweder wegen Rechtsbegünstigung des Klägers, oder mit Rücksicht auf einzelne Klagen, z. B. aus einer Spielschuld, diesen Zeitraum weiter aus, oder beschränken ihn; dies bei dinglichen Klagen, welche durch die erwerbende Verjährung des Gegners verloren gehen, bei persönlichen Klagen, welche auf Aufhebung eines gültigen Rechtsgeschäfts gerichtet sind, und bei andern, denen die Gesetze eine kürzere Frist zur Verjährung gesetzt haben (actiones temporales).

IV. Aus der rechtlichen Natur der Extinctivverjährung folgt, daß die Unterlassung des Anrufens der Hülfe des Staats von

---

in judicium clamaverit *et* libellum conventionis ei *transmiserit*; jedoch L. 2 C. eod. tit. L. 16 i. f. C. de inoff. test. (3, 28).

18) Ueber Verjährung der Rechtskraft: Pufendorf, I, obs. 117; II, obs. 314. Unterholzner, a. a. O., I, §. 125; II, §. 267.

19) L. 91, §. 4, D. de verb. oblig. (45, 1). L. 5 C. de duob. reis (8, 40).

20) L. 9 i. f. C. de praescr. XXX ann. (7, 39). L. 1, §. 1, C. de annali praescr. (7, 40). Hierher gehört nicht, wenn die Execution eines gewonnenen Processes vernachlässigt wird. Pufendorf, I, obs. 117.

21) L. 3 C. de praescr. XXX annor. (7, 39). Pr. J. de perpet. et temp. act. (4, 12). Thibaut, System, §. 1035 fg. Mühlenbruch, a. a. O., §. 481. Unterholzner, a. a. O., I, §. 17—19, §. 125.

Seiten des Klägers genügt, ohne daß von Seiten des Beklagten irgend etwas, daher auch nicht einmal guter Glaube zu leisten wäre. Das Römische Recht 22) ist auch von diesem Grundsatze ausgegangen, und hat dazu bona fides von Seiten des Beklagten nicht gefordert. Allein das Kanonische Recht 23) sagt ausdrücklich: „Nulla absque bona fide valeat praescriptio, unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae." Dieses Gesetz blos auf die Acquisitivverjährung anzuwenden, läßt sich weder mit Rücksicht auf den darin enthaltenen Begriff der mala fides rechtfertigen, da es allerdings auch Klagen gibt, bei denen die conscientia rei alienae möglich ist, noch ist es wahr, daß das Kanonische Recht unter praescriptio nur die Acquisitivverjährung 24) verstehe. Man muß vielmehr, da im Kanonischen Rechte keine neue Definition der mala fides gegeben ist und man von einem Schuldner, der nicht zahlt, auch nicht sagen kann, daß er nicht ex fide handle — er kann ja nicht wissen, daß er schuldig sei —, bei den Worten des correctorischen Gesetzes stehen bleiben, und es nur auf Klagen anwenden, wo seine Worte passen, also auf solche, die auf Wiedererlangung eigener Sachen gerichtet sind, und bei denen der Beklagte allerdings die conscientia rei alienae hat 25). Wollte man weiter gehen, so würde man den aufgestellten Begriff widerrechtlich erweitern.

---

22) L. 8, §. 1, C. de praescr. XXX vel XL ann.

23) Cap. fin. X. de praescr. (2, 26). Die Ansichten darüber, ob bona fides bei der Klagenverjährung zu erfordern sei oder nicht, sind sowol unter den Schriftstellern als in der Praxis sehr abweichend. Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glauben, §. 19—31. v. Savigny, a. a. O., §. 244—247; auch Seuffert, Archiv, I, Nr. 6.

24) Das Gegentheil folgt aus Can. 15, §. 1, seq., caus. 16, qu. 3; Cap. 4, 6, X. de praescr. (2, 26); das spätere Cap. 3, de reg. jur. in VIto, zeigt den frühern Sprachgebrauch nicht, indem es von der Eigenthumsverjährung redet.

25) Siehe L. 109 D. de verb. sign. (50, 16). Dieser Ansicht sind auch v. Savigny, a. a. O., S. 331; Möllenthiel, a. a. O.; Unterholzner, a. a. O, I, § 92; Göschen, Vorlesungen, §. 153.

§. 94.

β) Concurrenz mehrer Klagen.

I. Das gleichzeitige Existiren mehrer Klagen kann an und für sich ebenso wenig eine Concurrenz von Klagen genannt werden, als das Nebeneinanderbestehen mehrer Rechtssubjecte. Nur erst wenn die mehren zugleich bestehenden Klagen einen Vereinigungspunkt unter einander haben, entsteht eine Concurrenz [1]) derselben. Der Vereinigungspunkt kann aber entweder in den Subjecten des Rechtsstreits, dem Kläger oder dem Beklagten, oder beiden zugleich, oder im Objecte, oder im Zwecke, oder im Entstehungsgrunde [2]), oder in der Zeit der Verhandlung hervortreten. Die mehren Vereinigungspunkte können aber nicht nur einzeln, sondern mehre zusammen in einem und demselben Falle vorkommen. Allerdings ist die Vereinigung mehrer solcher Punkte von einigem Einflusse, am wichtigsten aber sind die beiden Fälle, wo entweder nur Einheit des Klägers, nicht auch des Beklagten, sich findet, und daneben Einheit des Zweckes, z. B. bei der rei vindicatio gegen den dritten Besitzer, und der condictio furtiva, oder wo bei den mehren Klagen beide streitende Theile die nämlichen sind. Im erstern Falle ist eine eigentliche Concurrenz noch nicht vorhanden, da der Kläger die mehren Verpflichteten nach einander successiv belangen kann, und die getroffene Wahl regelmäßig die übrigen Verpflichteten nicht befreit, wenn auch umgekehrt der Sieg des einen Verpflichteten den andern zu Statten kommt, z. B. der Sieg des Hauptschuldners dem Bürgen [3]).

II. Anders verhält es sich mit dem zweiten Falle, wo

---

1) Ueber die Bestimmung dieses Begriffs herrschen sehr abweichende Ansichten. Thibaut, Civilistische Abhandlungen, Abh. 9, S. 146—204. Puchta, Gerichtliche Klagen, §. 29—33, 36—39. Keller, Litiscontestation, §. 49—55. Göschen, Vorlesungen, I, §. 156—159. Kierulff, Civilrecht, I, 241 fg. Mühlenbruch, Pandecktenrecht, I, §. 140. Brackenhöft, Identität, S. 281 fg. Derselbe, Erörterungen, S. 422. v. Savigny, System, V, §. 231—236. Linde, Lehrbuch des Civilprocesses, §. 157.

2) Z. B. L. 1, §. 9, D. de injur. (47, 10).

3) Glück, Commentar, VI, §. 284[a]. Mühlenbruch, a. a. O.

alle die verschiedenen Klagen zwischen denselben Hauptpersonen stattfinden. Bei dieser Klagenconcurrenz, welche man nicht ganz passend eine objective nennt, drängt sich zunächst die Frage auf: kann man sich ihrer aller nach Belieben bedienen, oder ist ihr Gebrauch nicht willkürlich, und hebt wol gar eine die andere auf? — Als Regel [4]) steht fest, daß dann die eine die andere nicht aufhebt, sobald nur durch die verschiedenen Klagen nicht zwei mal ein und dasselbe Object gefordert wird. Bei Anwendung dieser Regel sind jedoch im Allgemeinen, da es nicht nur Ausnahmen davon gibt, sondern auch die Proceßpolitik bei der Wahl der einzelnen Klagen wesentlich in Frage kommt, folgende Grundsätze nicht unbeachtet zu lassen. — Zunächst steht fest, daß keine Klage die andere aufhebt, wenn die mehren Klagen ganz verschiedene, mit einander nicht in Verbindung stehende Rechtsansprüche zu verfolgen bestimmt sind, der einzige Vereinigungspunkt aber der ist, daß sie alle zwischen denselben Streittheilen zur Verhandlung kommen. Denn da jedes Rechtsverhältniß, mögen auch mehre einen gemeinsamen Entstehungsgrund haben oder nicht, besonders geschützt werden muß, so bleibt auch jede dieser verschiedenen Klagen unabhängig von der andern, und es kann der Kläger mit jeder besonders seine Befriedigung begehren [5]). In solchen Fällen ist eine Wahl zwischen den mehren Klagen nicht wohl denkbar, die Concurrenz eine cumulative oder copulative, und die Frage, ob man etwa mit Rücksicht auf die Proceßart oder den Gerichtsstand alle oder einige derselben in einem Processe verhandeln wolle, lediglich nach der Proceßpolitik zu entscheiden. — Sobald hingegen die mehren Klagen außer dem Vereinigungspunkte, daß sie zwischen denselben Parteien stattfinden, auch noch durch denselben Hauptzweck oder Gegenstand verbunden sind, so haben die Gesetze durch Gestattung der mehren Klagen nur die Erreichung desselben Zweckes erleichtern, nicht aber Gelegenheit zur Chicane bieten wollen. In diesem Falle ist recht eigentlich von einer Concurrenz der Klagen die Frage, und zwar

---

4) §. 1 J. de duob. reis (3, 16). L. 3, §. 1, D. eod. (45, 2). v. Savigny, a. a. O., S. 209, 214 fg.

5) L. 18 D. de obl. et act. (44, 7). L. 11, §. 2, D. de fugitivis (11, 3). Gönner, Handbuch, Th. 1, Abh. 25, §. 8.

entweder von einer gleichzeitigen oder von einer successiven. Successiv aber concurriren mit den Hauptklagen alle diejenigen, welche jene nur vorbereiten, oder präjudiciell für dieselben sind. Deshalb beseitigt der Obsieg in der Nebensache die Hauptsache nicht, während der Obsieg in dieser jene allerdings aufhebt. Aber auch zwei Hauptklagen können successiv mit einander concurriren, allein dann muß vorher zwischen ihnen ein gleichzeitiger Concurs ebenfalls stattgefunden haben. Liegt der Fall einer gleichzeitigen Concurrenz mehrer Hauptklagen zwischen den Parteien mit gleichem Endzweck vor, dann darf zwar der Kläger die einzelnen Klagen nicht absichtlich nur theilweise anstellen [6]), es bleibt ihm aber die Wahl, ob er die eine oder die andere erheben, oder ob er mehre so verbinden wolle, daß er, wenn nicht mit der einen, doch mit der andern den Hauptzweck erreiche. Es entscheidet auch in diesem Falle die getroffene Wahl nicht ohne Weiteres, indem der Kläger theils, solange eine Klagänderung überhaupt zulässig ist, diese vornehmen, theils, wenn die eine Klage abgewiesen ist, ihrer Natur nach aber die andere nicht völlig ausschließt, diese noch erheben kann, theils endlich, wo bei Anstellung der Hauptklage nicht Alles gebeten oder mit derselben nicht Alles erreicht worden ist, auf das Uebrige die andere Hauptklage erheben kann. — Es gibt jedoch Ausnahmen, bei denen der Kläger bestimmt wählen muß, und von der einmal getroffenen Wahl nicht wieder abgehen kann, entweder weil in der einen Klage ein Verzicht auf die andere liegt, wie dies der Fall ist bei einer dem Kaufvertrage angefügten lex commissoria [7]), ferner bei der Wahl zwischen der redhibitoria und quanti minoris actio wegen desselben Fehlers [8]), endlich bei der Wahl zwischen der actio tributoria gegen den Haussohn, welcher zum Betriebe eines Handelsgeschäfts ein peculium profectitium erhielt, und der actio de peculio gegen den Vater [9]); oder durch das Gesetz die einmalige Wahl ohne Rücksicht darauf,

---

6) L. 76, §. 8, D. de legat. et fideic. II. (31). L. 7, §. 5, D. de injur. (47, 10).

7) L. 4, §. 2, D. de lege commiss. (18, 3). Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 404. v. Savigny, a. a. O., S. 256 fg.

8) L. 25, §. 1, D. de exc. rei judic. (44, 2).

9) L. 9, §. 1, D. de tributor. act. (14, 4). Mühlenbruch, a. a. O., §. 572 a. E. Thibaut, Civilistische Abhandlungen, IV, 172 fg.

ob der Zweck erreicht ist oder nicht, für ausschließend erklärt worden ist, wie dies der Fall ist bei der Wahl, ob ein Testament, als solches, oder kraft der Codicillarclausel [10]) aufrecht erhalten werden soll, und sodann bei der Frage, ob man gegen einen Gastwirth ex recepto oder mit der furti actio klagen [11]) will. — Verliert der Kläger mit der einen dieser Klagen, so gehen alle auf demselben Fundamente beruhende Klagen deshalb verloren, weil ihnen dann stets die Einrede der res judicata mit Erfolg entgegengesetzt werden würde.

§. 95—97.

II. Von Einreden. 1) Deren Gattungen, 2) rechtliche Natur, 3) Gebrauch und Dauer.

I. Die Vertheidigungsarten, welche der Beklagte einer gegen ihn erhobenen Klage entgegenstellt, beruhen, soweit er sich nicht ganz stillschweigend und daher ungehorsam gegen die richterliche Auflage verhält, auf der Absicht darzuthun, daß es an einem oder mehren Erfordernissen zur Verurtheilung des Beklagten, sei es in rechtlicher oder factischer Beziehung, fehle, der Mangel also an den Erfordernissen der Condemnation des Beklagten begründet dessen Vertheidigung. Damit nun der Richter wisse, was eigentlich für Mängel an der Condemnation im einzelnen Falle vorhanden sind, so soll sich der Beklagte darüber bestimmt erklären, ob er die Thatsachen, welche der Kläger vorgetragen hat, als wahr, und die Existenz der Rechtssätze, welche der Klage zu Grunde gelegt sind, falls diese überhaupt bezweifelt werden kann, einräume, oder ob er sie leugne (§. 85, VI.). Das Gestehen vertheidigt den Beklagten allerdings nicht, das Leugnen dagegen ist wenigstens für das Erste eine Art Vertheidigung. Außerdem aber steht es ihm frei, neue selbständige Behauptungen aufzustellen, seien es Rechtssätze oder Thatsachen, welche der Klage nicht zum Grunde liegen, und dahin zielen, die erhobene Klage

10) L. 8, §. 1, C. de codicillis (6, 36).

11) L. 3, 5, D. de naut., caup. (4, 9). Mühlenbruch, a. a. O., II, §. 451.

zu entkräften. — Einreden[1]) im engern Sinne. Dergleichen gegen eine erhobene Klage vorgebrachte Hindernisse der Verurtheilung des Beklagten sind aber entweder solche, welche den Zweck haben, den Beklagten wenigstens eine Zeitlang von der Klage zu befreien, verzögerliche, dilatorische, oder solche, welche auf immer die Klage vernichten sollen, zerstörliche, peremtorische Einreden. Die erstern gehen dahin, die Klage in angebrachter Maße als unstatthaft darzustellen, und gewähren daher keine Einrede der rechtskräftigen Entscheidung gegen eine neue verbesserte Klage. Sie gründen sich auf Fehler an den Haupt- und Nebenpersonen, dem Gerichte und den Parteien, sowie deren Beiständen, z. B. exc. judicis inhabilis, suspecti, praeventionis, deficientis personae standi in judicio, legitimationis, auf Fehler am Verfahren, z. B. exc. libelli obscuri, endlich auf temporelle Hindernisse des Klagrechtes selbst, des ganzen, oder eines Theiles desselben, z. B. exc. pluspetitionis, moratorii, beneficii competentiae etc., retentionis, spolii, actionis nondum natae. — Die letztern, die peremtorischen, behaupten, es sei nie ein Klagrecht dagewesen, oder das, welches vorhanden gewesen, sei wieder aufgehoben, oder, soweit es vorhanden, sei es zu rescindiren, oder endlich, das Recht des Beklagten sei stärker als das des Klägers. — Die Einreden sind aber weiter in Ansehung der subjectiven Ausdehnung entweder dingliche, welche mit dem Hauptrechte auf jeden Erwerber desselben übergehen, sowie jedem dabei auch nur accessorisch Interessirten zustehen, bezüglich gegen ihn gelten, oder persönliche, welche nur bestimmten Personen, oder nur gegen gewisse Verpflichtete zulässig sind, also activ auf Seiten Dessen, der sich ihrer bedient, oder passiv auf Seiten Dessen, gegen den sie gebraucht werden, z. B. exc. beneficii competentiae, fori privilegiati etc., usurariae pravitatis, doli specialis. — Wenn man ferner die Einreden insofern als Einreden

---

1) Außer den im Compendium Note a angeführten Schriftstellern, G. E. Schmidt, Gemischte Einreden (Dresden 1839), der den Begriff zu sehr beschränkt; Brackenhöft, Erörterungen, S. 430 fg.; v. der Pfordten, in Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, III, 17 fg.; v. Savigny, System des Römischen Rechts, V, §. 225—228; Bayer, Vorträge, Aufl. 8, §. 177 fg., S. 568 fg.

der Thatsache und des Rechts[2]) unterschieden hat, als man unter den erstern diejenigen verstand, welche eine stricto jure begründete Klage durch neue Thatsachen, z. B. exc. restitut. in integr., elidiren, im Gegensatze von denen, welche daraus entnommen werden, daß die Klage ipso jure nicht existirt, z. B. wegen des mangelnden Rechtsgrundes, so gibt das leicht zu Verirrungen Veranlassung [3]), weil die Behauptungen der letztern Art kaum wahre Einreden, sondern negative Einlassung auf den Rechtsgrund der Klage sind. — Wenn man endlich eine besondere Classe von Einreden unter dem Namen „verneinender Einreden" aufgestellt, und sie als solche Einreden bezeichnet hat, welche auf Thatschen beruhen, die zum Klaggrunde gehören, aber verschwiegen sind, z. B. exc. deficientis legitimationis ad causam, so gereicht diese Eintheilung nur zur Vermischung der Litiscontestation und der Einreden, da solche Einreden nichts weiter als eine verneinende Einlassung enthalten[4]). Man kann daher auch nicht von ihnen behaupten, daß sie Denjenigen, der sich ihrer bediente, von der Beweislast befreiten. Deshalb ist auch die Anwendung dieser Einreden nicht rathsam, man bediene sich vielmehr in einem solchen Falle der Einrede des dunkeln Klagvortrags, und warte dessen Verbesserung ab (§. 85, VI.). Einreden sind die erwähnten nur, wenn der Beklagte nicht nur einen Mangel auf Seiten des Klägers behauptet, und dadurch in der That dessen Befugnisse leugnet, sondern zugleich auch durch selbständige thatsächliche Behauptungen das Gegentheil darthut, z. B. die Unmöglichkeit sich legitimiren zu können. — Von den Einreden unterscheiden sich wesentlich durch ihren Zweck die

2) Ueber die Bedeutung derselben für das Römische Recht: Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 94; v. Savigny, a. a. O., S. 169 fg.

3) Anderer Meinung ist Brackenhöft, a. a. O., S. 447 fg.

4) Anderer Meinung sind besonders Heerwart, im Archiv für civilistische Praxis, VII, 335; XIV, 229 fg.; XVIII, 387 fg.; Brackenhöft, a. a. O., S. 449 fg.; Sartorius, in der Zeitschrift für Civilrecht, XIII, 416 fg. Gegen diese vergl. Lang, Einrede des nicht erfüllten Vertrags, S. 45 fg.; Schunk, im Archiv für civilistische Praxis, XVII, 93 fg.; XX, 427 fg. Ueber die verschiedenen Ansichten: Treitschke, ebendaselbst, XXII, 278 fg., 422 fg. Sintenis, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XVI, 254 fg.; XVII, 253 fg.

Widerklagen, weil sie nicht sowol auf die Vertheidigung des Beklagten, als darauf gerichtet sind, etwas Positives vom Kläger zu erlangen.

II. (Zu §. 96.) Die für den einzelnen Fall dem Beklagten gegen die Klage zustehenden Einreden vorzutragen, ist regelmäßig Sache des Beklagten, da der Richter nur diejenigen supplirt, welche den Rechtsbestand des Processes betreffen, oder aus actenmäßigen Thatsachen von der Verjährung [5]) des Klagrechtes herzuleiten sind. Der wichtigste Gesichtspunkt bei allen Einreden ist aber, daß sie nur eine bedingte, eventuelle oder successive Schutzwehr des Beklagten ausmachen, d. h. daß er deren nicht eher bedarf, als nach völlig begründeter Klage, und selbst dann auch nur eine neben der andern [6]). Es kann sich daher der Beklagte auch mehrer Einreden bedienen, welche mit einander im Widerspruche stehen [7]), z. B. der Einrede der Richtigkeit und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und es sind die Einreden recht wohl neben einer negativen Einlassung, sei es nun daß sie vergebens als einlassunghindernde anticipirt, oder als peremtorische der Einlassung angehängt worden sind, zu gebrauchen. Deshalb schadet auch ein scheinbarer Widerspruch zwischen der Einlassung und den Einreden besonders da nicht, wo Handlungen Dritter, welche der Beklagte mit Recht ignorirt, in Frage sind, oder wo es nicht auf Privilegien ankommt, deren der Beklagte sich dann unwürdig machen würde. Daher ist es nur ausnahmsweise [8]) verboten: 1) den Empfang des Darlehns gegen die eigene Handschrift zu leugnen, und zugleich der Einrede der Zahlung sich zu bedienen; 2) die Uebernahme der Bürgschaft zu leugnen, und zugleich die

5) Anderer Meinung ist Linde, im Lehrbuch des Civilprocesses, §. 156 a. E. Vergl. auch die im Comp. Note b) citirten Schriftsteller.

6) L. 5, 8, D. de except. (44, 1. Cap. 4 X. de except (2, 25). Cap. 20 de reg. jur. in VI[to] (5, 41). Jüngster Reichsabschied, §. 37.

7) L. 43 pr. D. de reg. jur. Albrecht, Die Except. des gemeinen deutschen Civilprocesses, §. 57, S. 33 fg.

8) Nov. 18, cap. 8. L. 10, §. 1, D. de fidejuss. (46, 1). L. 67, §. 3, D. pro focio (17, 1). Glück, Commentar, XV, 427—431. Archiv für civilistische Praxis, II, Nr. 21, 22, 23. L. 21, §. 2, D. de noxalib. act. (9, 4). L. 1, §. 15, D. si quadrupes (9, 1). L. 2 C. ubi in rem (3, 19). Comp., §. 39, Note f. Oben §. 39, I., 5), S. 260.

Einrede der Ordnung und Theilung zu gebrauchen; 3) die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags zu leugnen, und doch der Einrede des beneficii competentiae sich zu bedienen; 4) das Eigenthum eines schädlichen Thieres zu leugnen, gleichwol die exc. noxae dationis vorzuschützen; 5) neben dem Leugnen, daß man im eigenen Namen eine Sache besitze, das Recht des Klägers an der Sache selbst zu bestreiten; 6) ein dem gegenwärtigen Erben auferlegtes Fideicommiß zu leugnen, und zugleich der Einrede der Falcidischen Quart sich zu bedienen. Auch ist nicht zu vergessen, daß der Beklagte durch den Vortrag von Einreden nie den Klagegrund selbst einräumt [9]). Weil aber alle Einreden gleich den Klagen einen neuen Angriff Seiten des Beklagten enthalten [10]), müssen sie auch wie die Angriffe einen thatsächlichen und einen Rechtsgrund und den allgemeinen Zweck, die Ansprüche des Klägers ganz oder theilweise, überhaupt oder zur Zeit zu vereiteln, enthalten; mehre Einreden haben daher häufig dieselbe Bitte. So wenig aber Klagen aus dem Rechte eines Dritten erhoben werden können, so wenig sind Einreden daraus zulässig; der Bürge aber ist rücksichtlich der Einreden des Schuldners als solch ein Dritter nicht anzusehen [11]).

III. (Zu §. 97.) Einreden können ihrer Natur nach erst, wenn Klage erhoben worden ist, gebraucht werden, deshalb tritt ein Verlust derselben durch Verjährung vor erhobener Klage nur ein, wenn durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen dies geordnet ist [12]), wie das rücksichtlich der Einrede non numeratae pecuniae vel dotis, und der Replik der Wiedereinsetzung in den vorigen

---

9) L. 9 D. de except. (44, 1). L. 9 C. eod. tit. (8, 36). Cap. 6 X. eod. tit. (2, 25). Cap. 63, de reg. jur. in VI^to (5, 13). Cap. 2, de litiscontest. in VI^to (2, 3). Gönner, Handbuch, II, 36, nimmt den Fall aus, wenn eine Litiscontestation überhaupt nicht erfolgt ist. Dagegen Comp., §. 154, Note b. Vergl. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, 331; VI, 447 fg. Albrecht, a. a. O., §. 37, 38.

10) L. 1, 2, pr. D. de except. (44, 1). v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, VI, Erört. 19, S. 121 fg. Oben §. 85, III., V.; §. 86.

11) L. 7, §. 1; L. 19 D. de except.

12) L. 14, vergl. L. 10 C. de non numerat. pecun. (4, 30). Nov. 100 (1, 2). Mühlenbruch, Pandektenrecht, II, §. 376. L. 9, §. 4, D. de jurejur. (12, 2). Siehe auch L. 30, §. 6, D. de pecul. (15, 1). Oben §. 86, Note 5 u. 6.

Stand gegen Ableistung eines deferirten Eides namentlich geschehen ist. Nach einmal erhobener Klage verfolgte das Römische Recht [13]) den Satz, daß Einreden nur ein eventuelles Vertheidigungsmittel seien, sehr consequent, auch in Rücksicht der Zeit und der Art sie vorzuschützen. Denn die dilatorischen Einreden mußten zwar im Anfange des Rechtsstreits ihrem Zwecke nach vorgetragen werden, allein doch nicht mehre zugleich, sondern successiv, und eben das galt von den peremtorischen bis zur Erfüllung des Urtheils; einige waren sogar in dieser Richtung privilegirt. Das Kanonische Recht [14]) beschränkte dies schon dadurch, daß es dem Richter das Recht gab, für alle Einreden eine peremtorische Frist setzen zu dürfen. Allein da dies häufig unterblieb, so machte der Jüngste Reichsabschied [15]) es zur allgemeinen Regel, daß alle Einreden mit der Einlassung auf die Klage vorzutragen seien, widrigenfalls deren Verlust eintrete. — Nach gemeinem Rechte müssen daher jetzt alle bekannten Einreden, um deren Verlust zu vermeiden, nicht einzeln nach und nach, sondern die verzögerlichen und die Einlassung hindernden vor und neben der Einlassung, die peremtorischen dagegen nach derselben vorgetragen werden; nur diejenigen dilatorischen, welche sich auf die Art der Hülfsvollstreckung beziehen, und daher nicht nur eine begründete Klage, sondern auch die Beseitigung der übrigen dilatorischen Einreden voraussetzen, sind davon ausgenommen. Neu entstandene oder erst später kennen gelernte [16]) Einreden können dagegen auch später vorgetragen werden; im Uebrigen kann nach dem Sinne und Geiste des Jüngsten Reichsabschieds §. 37, die Existenz privilegirter Einreden nicht weiter angenommen werden, wenn auch die Praxis dergleichen zuläßt. — Der Verlust von Einreden tritt

---

13) Die exc. fori declin. machten den Anfang, dann folgten die übrigen dilatorischen L. 12, 13, C. de except. (8, 36); über die peremtorischen L. 4, 8, C. ibidem; die privilegirten L. 11 D. ad senatuscons. Macedon. (4, 28). L. 8, §. 2, D. ad senatuscons. Vellej. (16, 1). Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 91—99. Heffter, Institutionen des Civilprocesses, S. 97, 277 fg.

14) Cap. 20 X. de sentent. et re judic. (2, 27). Cap. 4 X. de except. (2, 25).

15) Jüngster Reichsabschied, §. 37, 38.

16) Jüngster Reichsabschied, §. 78.

endlich ein, wenn darauf ausdrücklich, und nicht blos generell, verzichtet ist, außerdem aber, selbst wenn sie gehörig vorgetragen sind, als Strafe, und zwar entweder, wie bereits (§. 96) erwähnt wurde, der unrichtigen Einlassung, oder der Bestechung des Richters, oder der Eigenmacht, indem Demjenigen, welcher eigenmächtig einer fremden Sache sich bemächtigt hat, die Einrede der Compensation [17]) nicht zusteht, oder der Unwahrheit, indem dem Haussohn, welcher nicht ohne Schein als sui juris sich gerirend ein Darlehn aufnahm, die Einrede des Senatuscons. Macedoniani entzogen [18]) ist.

§. 98.

B) Provocationen und vorbereitende Gesuche.

I. Die lange Dauer der Klagenverjährung und der ausdrücklich anerkannte Rechtsgrundsatz [1]), daß Niemand gegen seinen Willen zur Anstellung einer Klage gezwungen werden solle, hat allerdings für denjenigen, welcher einer künftigen Klage entgegensieht, namentlich in Rücksicht auf seinen Credit, viel Nachtheiliges. Gleichwol hat das Römische und das Kanonische Recht weder den Gerichten die Befugniß gegeben, die Verjährungsfrist abzukürzen, noch die richterliche Pflicht anerkannt, auf Verlangen eines künftigen Beklagten Demjenigen, der sich etwa eines Klaganspruchs an denselben berühmt hat, oder dessen Klagrecht aus andern Gründen wahrscheinlich wird, eine bestimmte Frist zu setzen, innerhalb welcher er sein Klagrecht bei Vermeidung des Verlustes desselben geltend machen müsse. Allein im Mittelalter hat man aus zwei speciellen Gesetzstellen (L. diffamari 5 C. de ingenuis manumiss. [7, 14], und L. si contendat 28 D. de fidejussor. et mandator. [46, 1]) soviel herleiten zu können geglaubt, daß unter besondern Umständen eine Ausnahme von jener Regel begründet, und einzelnen Individuen das

17) L. 14, §. 2, C. de compens. (4, 31). Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

18) L. 1 C. ad. senatuscon. Macedon. (4, 28). Mühlenbruch, a. a. O., §. 575, Note 19; auch Glück, Comment., XIV, §. 904, S. 350.

1) L. un. C. ut nemo invitus agere cogatur (3, 7).

Recht eingeräumt sei, dergleichen Anträge bei Gericht zu stellen, in Folge deren einem angeblich Berechtigten zur Erhebung seiner Klage ein bestimmter Termin unter Androhung des Verlustes seiner Ansprüche festgesetzt werde. Es fand diese Annahme, obschon sie auf einem Misverständnisse der fraglichen Stellen von Seiten der Glossatoren beruhte, dennoch in den Reichsgesetzen [2]) und in einer constanten Praxis aller Gerichte ihre Bestätigung. Man nannte dergleichen Anträge provocationes ad agendum, und ging nach und nach so weit, nach ihrer Analogie auch Edictalladungen einzuführen, durch welche alle möglichen Kläger auf besondere Veranlassung hin zum Klagen binnen einer richterlich bestimmten Frist sollten genöthigt werden. Auf diese Weise entstanden zwei Gattungen von Aufforderungen zum Klagen, als präparatorische Gesuche um einen Rechtsstreit zu veranlassen: specielle oder Privatprovocationen, und generelle oder öffentliche Provocationen. Die erstern sind von einer oder mehren vereinigten bestimmten Personen gegen eine andere bestimmte Person gerichtet, die letztern dagegen gegen unbestimmte, unbekannte Kläger.

II. Was nun die speciellen Aufforderungen zur Klagerhebung, die Privatprovocationen [3]), betrifft, so sind diese in den Reichsgesetzen nur für die in den zwei erwähnten Gesetzstellen nach der Usualinterpretation bezeichneten Fälle gebilligt, und haben allerdings ihre eigenthümlichen Voraussetzungen. Im Allgemeinen ist freilich bei dergleichen Anträgen viel Aehnliches mit den Klagen nicht zu verkennen, weshalb sie denn auch in der Praxis nicht selten Provocationsklagen genannt werden, bei näherer Betrachtung haben sie jedoch wesentlich davon abweichende Eigenthümlichkeiten. Denn so besteht zunächst der Gegenstand des Rechtsstreites weder in einem außergerichtlichen Rechtsverhältnisse, noch in einer außergerichtlichen Prästation, welche gefordert wird,

2) Reichsabschied von 1530, §. 93. Reichsabschied von 1532, Art. 3, §. 2. Landfrieden von 1548, Tit. 14, §. 8. Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 25. Jüngster Reichsabschied, §. 83.

3) Gönner, Handbuch, Th. 4, Abh. 73. C. W. Schweitzer, Provocationsproceß (Leipzig 1806). Breidenbach, im Archiv für civilistische Praxis, III, 325 fg. Mittermaier, Gemeiner deutscher bürgerlicher Proceß, Beitrag IV, §. 8. A. Martin, in Martin und Walch, Magazin, Heft 3, S. 257 fg.

sondern nur in der processualischen Obliegenheit, innerhalb einer vom Gericht bestimmten Frist klagend auftreten zu müssen. Daher erledigt sich die Provocationsklage ohne alles Erkenntniß, sobald der Provocat die Pflicht zur Klagerhebung nicht bezweifelt, vielmehr die verlangte Klage wirklich erhebt, mag dies auch sogar vor einem andern Gerichte geschehen als bei dem, welches auf die Provocation decretirt hat (Comp., §. 255), in welchem Falle denn der Provocat nur bei dem letzten Gerichte zu bescheinigen braucht, daß er bei einem andern Gerichte seine Klage erhoben habe. — Wenn es dagegen zum wahren Provocationsprocesse kommt, so äußert sich, mag derselbe zu einem Contumacialverfahren werden, indem der Provocat weder das richterliche Decret bestreitet, welches die ihm bestimmte Frist gesetzt hat, noch demselben Folge leistet, oder mag er zum förmlichen Austrage kommen, in welchem der Provocat ungeachtet seines Widerspruchs rechtskräftig zur Klagerhebung verurtheilt wird, eine weitere Eigenthümlichkeit des Verfahrens in dem besondern Zwangsmittel, durch welches der Provocat von seiner Verbindlichkeit zur Klagerhebung überführt wird. Es besteht dies aber in der Regel in nichts Geringerem als darin, daß man ihm alles Klagrecht abspricht, und rücksichtlich des behaupteten Anspruchs ewiges Stillschweigen auferlegt; in einzelnen Fällen jedoch darin, daß man ihm das Recht zu gewissen Repliken entzieht. — Wegen dieser und anderer Eigenthümlichkeiten und in Rücksicht auf die allgemeine Regel des Römischen Rechts: daß Niemand gegen seinen Willen zum Klagen gezwungen werden könne, ist es nun allerdings die richtigere Meinung, daß eine Aufforderung zum Klagen nur in den beiden angeführten, von den Reichsgesetzen gebilligten Fällen zuzulassen, in allen andern jedoch jene Regel streng aufrecht zu erhalten sei. In neuerer Zeit [4]) ist dagegen wol öfters eine größere Ausdehnung der Provocationen behauptet worden, indem Jedermann uneingeschränkt berechtigt sein soll, sich einer solchen Aufforderung zu bedienen, sobald er ein Interesse dabei hat, über alle seine

4) Gönner, Handbuch, Th. 4, Abh. 73, §. 3 fg. Lotz, Archiv für civilistische Praxis, III, 86 fg. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, Bd. 4, Erört. 6, S. 37. Dagegen Breidenbach, im Archiv für civilistische Praxis, III, 325 fg. A. Martin, a. a. O., S. 320 fg.

Rechtsverhältnisse oder über diejenigen einer gewissen Art ins Reine zu kommen. Man unterstützt diese Annahme mit Gründen der Billigkeit und mit den von den Edictalladungen hergenommenen Argumenten. Allein gegen diese Ausdehnung der Provocationen spricht nicht nur das Princip, daß das correctorische Gesetz, auf welches man die Provocationen überhaupt gründet, wie alle Gesetze dieser Art, strict zu interpretiren ist, sondern es kommt noch hinzu, daß man sich meistens anderer gesetzlicher Mittel bedienen kann, um den Provocanten für die Zukunft sicher zu stellen, ohne in das Recht des Provocaten einzugreifen, z. B. Beweisführung zum ewigen Gedächtniß, und endlich, daß öfters ganz vergebliche Processe durch eine so ausgedehnte Befugniß zum Provociren herbeigeführt werden. Es verdient daher diese neuere Theorie um so weniger Beifall, als auch das Argument, welches von den Edictalladungen hergenommen wird, nicht stichhaltig ist, da diese dem gemeinen Rechte unbekannt sind. Ohne ausdrückliche Bestätigung dieser Theorie durch Landesgesetze kann daher derselben eine rechtliche Begründung nicht beigelegt werden.

III. Was dagegen die generellen Provocationen, und zwar die erbetenen, im Interesse eines Privatmannes erlassenen, allgemeinen Edictalien [5]) anlangt, so kommt im Römischen Rechte davon nur, wenn es während eines angefangenen Processes darauf ankommt, diesen gegen eine sich versteckt haltende Partei zu beendigen, einiges Wenige, dagegen nicht einmal im Concursverfahren [6]), und noch weniger in andern Verhältnissen das Mindeste vor. Denn selbst was in der angezogenen L. 6 C. de remiss. pignor. [7]) bei Gelegenheit des Verkaufs einer Hypothek geordnet ist, beruht nicht sowol auf einer öffentlichen Aufforderung der Hypothekengläubiger, sich innerhalb einer bestimmten Frist zu

---

5) K. A. Haase, Ueber Edictalladungen außerhalb des Concurses (Leipzig 1817). Breidenbach, a. a. O., S. 332 fg. v. Bülow u Hagemann, Praktische Erörterungen, Bd. 3, Erört. 62, S. 346. Glück, Commentar, VI, 482.

6) Nov. 112, cap. 3. L. 10 pr. C. de bon. auct. jud. possid. (7, 72).

7) L. 6 C. de remiss. pignor. (8, 26). Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse.

melden, als auf der bloßen juristischen Folgerung eines Verzichtes, wenn man nicht freiwillig sein Hypothekenrecht geltend gemacht hat. Aber selbst dieses soll nicht dem Hauptschuldner zu Statten kommen, sondern nur dem dritten Käufer, welcher die verpfändete Sache an sich gebracht hat. In Ermangelung landesgesetzlicher Anordnungen über die Edictalien, läßt sich daher nach gemeinem Rechte ein Gesuch um deren Erlassung außer dem Falle des Concurses (wovon weiter unten §. 328) nur dann rechtfertigen, wenn der darum Nachsuchende 1) nicht der Hauptschuldner der vorzuladenden Gläubiger ist, sondern nur der dritte Erwerber fremden Vermögens, der sich auf keine andere Weise gegen die Ansprüche von Realgläubigern sichern kann, als indem er sie von seinem Erwerbe benachrichtigt und sie zur Anmeldung ihrer Rechte auffordert, wenn sie sich nicht einem stillschweigenden Verzichte unterwerfen wollen. Denn hierfür kann man mit Recht die Analogie der angezogenen Codexstelle anführen. — Befindet sich dagegen 2) der Hauptschuldner selbst in der besondern Lage, daß er, will er durch die Zahlung überhaupt frei werden, bei den zu leistenden Zahlungen eine gewisse Reihenfolge beobachten muß, dann bedient derselbe sich wol der Edictalien, um sich von dem Vorwurf zu befreien, daß er unvorsichtigerweise Zahlungen oder in anderer Ordnung geleistet habe, als es eigentlich hätte geschehen sollen, z. B. bei Antretung einer Erbschaft unter dem Vorbehalt des benef. inventar., wo der Erbe die Gläubiger des Verstorbenen nicht kennt. Allein selbst in diesem Falle erhält der Hauptschuldner völlige Befreiung [8]) nicht, gesetzt auch vom Gerichte wäre eine Präclusion erfolgt, vielmehr haftet er so lange, als er noch etwas besitzt, woraus jene Schuld hätte getilgt werden müssen, weil kein Gericht befugt ist, zur Bereicherung des Hauptschuldners dergleichen Präclusionen zu verfügen.

IV. Von dieser Art der Edictalien muß man diejenigen völlig unterscheiden, welche bisweilen von einem Gericht von Amtswegen entweder deshalb erlassen werden, weil eine va-

---

8) Pufendorf, Observ., tom. 3, obs. 86, 4. Kind, Quaest. for. I, cap. 50. Quistorp, Bemerkungen, I, Bemerk. 16. Glück, a. a. O., VI, 482. Seuffert, Archiv der Entscheid., I, Nr. 179; III, Nr. 278; IV, Nr. 155.

cante Erbschaft [9]) im Gerichtsbezirk vorhanden ist, zu welcher man die Erbberechtigten nicht kennt, oder weil alte Deposita im Gerichte sich befinden, deren Eigenthümer ausgemittelt werden sollen, oder weil man neue Hypothekenbücher anlegen will, und daher Diejenigen kennen lernen muß, welche an den Grundstücken in diesem Gerichtssprengel Hypotheken zu haben glauben. Dergleichen Edictalien sind nämlich überall nicht aus dem Gesichtspunkte wahrer Proceßhandlungen zu betrachten, weil sie einen Rechtsstreit sofort nicht eröffnen sollen, indem der wahre Gegner noch unbekannt ist. Dieselben sind vielmehr nur Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche das Gericht, als eine Art Polizeibehörde, in der Absicht vornimmt, um entweder ein Institut, wie die Hypothekenbücher, zur Sicherung des öffentlichen Credits gehörig einrichten zu können, oder um bona vacantia, für welche das Gericht zu sorgen hatte, Demjenigen zu übertragen, welcher die wahrscheinlichsten Ansprüche daran machen kann, und an den sich dann Diejenigen halten mögen, welche bessere Rechte an solchen Gegenständen zu haben glauben. Das Gericht sollte daher die in einem solchen Termine sich Meldenden veranlassen, die Gründe ihres Anspruchs zwar einseitig, jedoch vollständig anzugeben, und dazu die nöthigen Beweismittel anzuzeigen, bezüglich vorzulegen, auch alle Diejenigen, welche sich nicht rechtzeitig melden, ohne die Angemeldeten oder den etwaigen Massecurator darüber zu hören, vorläufig ausschließen, um gegen Nachträge vorerst gesichert zu sein, dagegen einen Proceß zwischen den sich Meldenden unter einander über ihr Vorzugsrecht durchaus nicht zulassen. Sodann würde das Gericht unter den Erscheinenden einseitig zu bestimmen haben, wer bis dahin die probablern Ansprüche habe, und zu dem Zwecke vorläufig in den Besitz des fraglichen Objects zu setzen sei, damit jeder Andere nun seine possessorischen oder petitorischen Ansprüche gegen den Besitzer zu richten habe. Daher würde unter Vorbehalt der Rechte der

---

9) L. 6 D. de opt. legat. (33, 5) leidet hierauf analoge Anwendung. Vergl. Martin, in A. Martin's Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, II, 86 fg. Seuffert, a. a. O., I, Nr. 280; auch Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 296; II, 546. Dagegen Seuffert, a. a. O., I, Nr. 112.

Uebrigen, und nöthigenfalls gegen eine Caution, oder an deren Stelle unter Sequestration des Objects, die Einweisung in den Besitz zu erfolgen haben. — Anders würde es sich mit den Edictalien, welche wegen zu errichtender Hypothekenbücher eines Distrikts ergehen, verhalten. Denn hierin sind alle Hypothekengläubiger sämmtlicher Immobilien dieses Distrikts zur Anmeldung ihrer Hypotheken an einem oder mehren solchen Grundstücken und zur sofortigen Beibringung der Beweise dafür in einem bestimmten Termine, jedoch unter dem Rechtsnachtheile aufzufordern, daß sie im Falle der Nichtanmeldung der Hypothek dieses Recht, soweit es einem dritten dinglichen Mitgläubiger präjudiciren könnte, verlieren würden [10]). Sie behalten daher ihr Recht gegen den Schuldner selbst sowol als gegen dessen Personalgläubiger, weil der Anlaß zu diesen Edictalien sich nur auf jene neuern Hypothekengläubiger bezieht. — Es leiden daher auf diese Edictalien weder die Grundsätze der Privatprovocationen, noch die der generellen, im Interesse eines Privatmannes erlassenen Edictalien Anwendung.

§. 99.

β) Von der Form der Parteivorträge; a) der äußern.

Form heißt bei den Parteivorträgen im Gegensatz der Materie die Gestalt; daher die Darstellungsart oder Behandlung des Stoffes. Sie ist eine innere und eine äußere, die in die Sinne fallende Gestalt ohne Verbindung mit dem Inhalte. Mit Rücksicht auf diese äußere Form sind die Vorträge der streitenden Theile entweder mündliche oder schriftliche, doch bilden jetzt die letztern die Regel [1]). — Die mündlichen Vorträge waren in Deutschland die ursprünglich gewöhnlichen, daher in einigen Ländern, z. B. in Sachsen, das Verfahren vom Mund in die Feder, die Abfassung der Vorträge so, als wären sie mündlich gehalten,

---

10) Arg. L. 6 C. de remiss. pignor. (8, 26).

1) Puchta, Ueber die Vorzüge der schriftlichen Parteivorträge im ordentlichen Civilprocesse, im Archiv für civilistische Praxis, XVII, 379. Beispiele siehe bei Bergmann, Einleitung in die Praxis der Civilprocesse, Aufl. 2, S. 81 fg., 93 fg.

in andern das Schreiben der Vorträge in die Gerichtsacten durch die Anwälte, z. B. in Kurhessen; ja in einigen die Nothwendigkeit, in gewissen Rechtssachen um die Erlaubniß zum schriftlichen Verfahren ausdrücklich nachsuchen zu müssen. Diese Art des Vortrags, das Recessiren, hat in der Form nichts Eigenes, als daß die Vorträge in anständiger Stellung im Tone des Vortrags geschehen, und die Person des Vortragenden befugt sein muß sie zu halten, z. B. darf bei Gerichten, bei welchen eine geschlossene Zahl von Procuratoren besteht, kein Advocat einen Vortrag ohne Anwesenheit der Partei oder des Procurators halten [2]). Wer sich jedoch mit solchen mündlichen Vorträgen nicht zu behelfen weiß, dem wird gestattet, schriftliche Aufsätze, gewöhnlich ohne Titel und Anrede des Gerichts, in dritter Person, anstatt der Protokolle zu überreichen (Recessus scriptus loco orali). — Die schriftlichen [3]) Vorträge dagegen müssen so abgefaßt sein, daß sie auf der Außenseite (rubrum) die Bezeichnung des Vortrags, der Streittheile nach Vor- und Zunamen, Wohnort und Proceßprädicat (wobei der Name des Vortragenden vorangestellt wird), des Gegenstandes des Rechtsstreits, sowie hinsichtlich der mit bestimmten, von denen des Gegners verschiedenen Zeichen versehenen Anlagen des Vortrags die Angabe, endlich Alles enthalten, worauf das Gericht etwa besonders aufmerksam gemacht werden soll, z. B. Gefahr im Verzuge. Im Anfange des Rechtsstreits werden alle Streitgenossen einzeln genannt, später nur der zuerst Genannte mit dem Zusatze „und Genossen"; stirbt dieser, so wird hinzugefügt „modo" oder „jetzt". Im Innern (nigrum) beginnt der Vortrag mit einer Anrede des Gerichts, soweit nicht besondere Präsentationsschreiben, z. B. bei Beweisartikeln, üblich sind, und schließt mit dem Anrufen des mildrichterlichen Amtes [4]) (clausula salutaris), in

---

2) v. Bülow, Erörterungen, Bd. 1, Erört. 78. Nur das Allegiren fällt in solchen Vorträgen weg.

3) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 81. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 12, §. 6. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 80. Reichshofrathsordnung, Tit. 3, §. 13.

4) Wenn sie auch unnöthig ist, Reichsdeputationsabschied von 1557, §. 33. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 30. Die Formel derselben siehe bei Bergmann, a. a. O., S. 92, 170, Note 3.

einigen Ländern auch noch mit dem gewöhnlichen Briefschlusse, dann aber mit der Unterschrift des Advocaten, als Concipienten, und der Partei oder des Procurators derselben[5]). Uebrigens muß das verwendete Papier das gehörige Format haben, beschnitten, die Schrift leserlich, das Petitum eingerückt sein; längere Vorträge aber müssen gehörig paginirt, oder in bestimmte einzelne Paragraphen mit fortlaufender Zahl eingetheilt, auch geheftet sein. Die Anlagen werden da, wo sie angezogen sind, mit dem ihnen gegebenen Zeichen angeführt. — Was aber die Behandlung des Inhaltes sowol im mündlichen als schriftlichen Vortrage anlangt, so ist im Allgemeinen von dem Styl, der Sprache[6]), der Anordnung der Materialien nur soviel zu erwähnen: die Sprache muß richtig und rein, der Styl zwar kurz und bündig, aber doch deutlich, und namentlich nicht durch verwickelten Periodenbau und Participialconstructionen verdorben sein. Man denke sich deutlich was man will, erwäge, daß Andere noch nichts davon wissen, und strebe dann, dies übersichtlich und mit Bestimmtheit nach einer ungezwungenen natürlichen Ordnung darzustellen. — Fehler in der äußern Form der Vorträge werden vom Gericht mit verschiedenen Disciplinarmaßregeln, wie Rückgabe der Schrift, Verweis, Geldbußen u. s. w., an dem Advocaten geahndet, und haben namentlich bei schriftlichen Vorträgen die natürlichen Nachtheile, daß Schwierigkeiten entstehen im Aufsuchen der zugehörigen Acten, auch wol Hindernisse in der Liquidität einer Einrede, z. B. rei judicatae.

§. 100.

b) Von deren innerer Form: aa) überhaupt.

I. Nach den zwei verschiedenen Gattungen der Parteihandlungen im Civilproceß, den Angriffen und Antworten, muß auch die Art der Darstellung der Materialien selbst, die innere Form, eine doppelte sein. Was nun aber zunächst die innere Form aller Angriffe betrifft, so ist diese in Deutschland schon sehr

---

5) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 22, §. 7; Th. 3, Tit. 12, §. 2.

6) Und zwar nach gemeinem Rechte deutsch oder lateinisch. Wahlcapitulation, Art. 23, §. 3. Kammergerichtsordnung, Th. 2, Tit. 31, §. 7.

zeitig eine syllogistische gewesen, theils zufolge der philosophischen Bildung der Richter und Parteivertreter, theils um als Vorarbeit für das Rechtsprechen zu dienen. Dabei war aber wenigstens für den ordentlichen Civilproceß in der frühern Zeit die articulirte Einrichtung des Vortrags durchgehends die übliche, d. h. die Thatsachen, auf welche der Kläger seine Ansprüche gründete, wurden in einzelne, mit fortlaufenden Nummern bezeichnete Sätze aufgelößt, welche in keinem periodischen Zusammenhange unter einander standen, sondern mit „Ich sage wahr" anfingen [1]). Im summarischen Processe war dagegen der Libell nicht articulirt [2]); dem Kläger stand aber zugleich die Wahl frei, welcher Art des Vortrags er sich bedienen wollte. Man pflegte daher, sobald die summarische Klage geleugnet war, die damals üblichen Positionen zu übergeben, um mittelst des juramenti dandorum et respondendorum noch Bekenntnisse zu erpressen. Später anticipirte man diese Positionen im Klaglibelle, und dadurch entstand die articulirte Form derselben. Durch den Reichsabschied von 1570, §. 88, wurde jedoch das Wahlrecht des Klägers aufgehoben, und verordnet, daß der Kläger, welcher später Positionen brauchen wolle, den Libell gleich articulirt abfassen müsse. Da nun aber im einzelnen Falle über die Zulässigkeit von Artikeln häufig Streit entstand, so wurde diese Art der Abfassung der Parteivorträge gänzlich verboten [3]) und verordnet, man solle das Factum „kurz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar, auch — da es Klägern beliebt, oder der Sache Weitläufigkeit und Umstände es erfordern, punktweise, verfassen und ausführen". Auf diese Weise entstand die heutige Art des Vortrags der Angriffe. Diese zerfällt jetzt aber in den dogmatischen Theil, die Rechtsausführung, den historischen, die Geschichtserzählung und die Conclusion, die Bitte. Dabei ist es üblich, mit dem Untersatze, der Geschichtserzählung, anzufangen, wenn man nicht auf Gewohnheits- oder ausländisches

---

1) Reichskammergerichtsterminsordnung von 1507, Tit. 1, §. 4 — 7. Sammlung der Reichsabschiede, II, 123 fg. Vergl. Bergmann, Einleitung in die Praxis, S. 163, Note 59; S. 335, Note 145; auch ein Beispiel daselbst, S. 165 fg.

2) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 12, §. 8.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 34.

Recht sein Begehren gründet, welchen Falls die Theorie dieses zu entwickeln ist und passend vorangestellt wird.

II. Der historische Theil der Parteivorträge zerfällt in die eigentliche Geschichtserzählung, die Darstellung derjenigen Thatsachen, welche den Untersatz eines Proceßsyllogismus bilden, jedoch die Behandlung des gegenwärtigen Rechtsstreits nicht betreffen, gleichviel, ob die erzählten Thatsachen schon gewiß oder noch unerwiesen, vor oder während des Rechtsstreits vorgefallen sind; und in die Proceßgeschichte, die Darstellung solcher Thatsachen, welche nur die Art und Weise der gerichtlichen Verhandlung des jetzigen Rechtsstreits betreffen. Die letztere ist nur zufällig und nur da nothwendig, wo entweder der Rechtsstreit vor einem andern Richter, dem sie unbekannt ist, fortgesetzt wird, oder wo sie Bedingung der Zulässigkeit eines Vortrags ist, oder Fehler darstellt, aus welchen Rechte der Parteien abgeleitet werden; mithin namentlich da, wo sie zugleich die Prämissen eines eigenen Syllogismus abgibt. Von dem Untersatze läßt sich nur sagen, daß er die gedrängte, deutliche, vollständige, chronologische Darstellung des Relevanten enthalten, mithin alle Wiederholungen und Auszüge aus den Schriften des Gegners vermeiden, mit möglichster Bestimmtheit[4]) Ort, Zeit, Münzsorte u. s. w. anführen, und alle gesetzlichen Erforderniße des Petitums enthalten, dabei aber nicht mehr und nicht weniger als was nöthig ist, ausführen muß.

III. Auf den Untersatz folgt der dogmatische Theil, die Rechtsdeduction. Die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit dieses Abschnittes des Vortrags der Parteien hängt davon ab, ob eine Partei ihren Anspruch auf inländische, gehörig publicirte, bezüglich recipirte Gesetze von unbestrittenem Inhalte, oder aber auf ausländische, nicht recipirte Gesetze, auf Gewohnheitsrecht oder auf ein Privilegium stützt. Denn im erstern Falle wäre die Rechtsdeduction nur dienlich, wenn der Untersatz unter mehre Gesetze paßte, man also wählen könnte oder müßte, was für ein Gesetz

---

4) Wo es sich um Grenzen handelt, soll ein Abriß beigefügt werden. Jüngster Reichsabschied, §. 51. Vergl. L. 6 pr. D. de rei vind. (6, 1). L. 19 D. de furtis (47, 2). L. 7 pr. D. de injur. (47, 10). Cap. 2, 3, X. de lib. oblat. (2, 3).

angewendet werden solle; im letztern Falle aber würde sie nothwendig sein, weil bei dem Richter die Kenntniß solcher Gesetze nicht vorauszusetzen, es vielmehr Sache der Parteien ist, dieselben auszuführen und unter Umständen zu beweisen. Bei der Darstellung [5]) des Obersatzes beschränke man sich auf die Gesetzesworte, unterlasse viele Schriftstellercitate, gebe zunächst die Thesis und dann deren Gründe, die Zweifel aber nur gelegentlich an. Nur im ersten Falle kommen daher auch unvollständige Syllogismen vor, indem der Obersatz mit Stillschweigen, weil als bekannt vorausgesetzt, übergangen wird.

IV. Der dritte Theil aller Angriffssyllogismen, die Conclusion oder Bitte, ist bei allen Klagen, soweit sie sich nicht mit absoluter Nothwendigkeit aus den Prämissen ergibt, und ebenso bei allen Nebenvorträgen, welche positive Proceßschritte des Gerichts veranlassen sollen, die sich nicht blos aus der Proceßtheorie ergeben, z. B. bei Fristgesuchen, Beweisantritten, unerläßlich. Weniger nöthig ist dagegen das Petitum da, wo es auf Verwerfung des Antrags des Gegners allein, auf gänzliche oder theilweise, oder zeitweise ankommt; weshalb dann höchstens ganze Classen solcher Angriffe nur eine gemeinschaftliche Bitte haben, wie Einreden, Repliken u. s. w. — In der Darstellung muß das Petitum der Klagen und was diesen ähnlich ist, so bestimmt wie möglich sein, um, wenn das Urtheil dem Kläger günstig ausfällt, wörtlich in dasselbe aufgenommen werden zu können. Nur die auf eine universitas juris gerichteten universellen oder generellen Klagen, z. B. auf Rechnungsablage, erfordern keine solche Bestimmtheit. Dann aber darf auch nichts im Petitum stehen, was nicht aus den Prämissen folgt. — Abweichend hiervon sind nur die auf den Proceßgang allein gerichteten Schreiben, welche dazu dienen, andere Anträge einzuführen, und daher kein sachliches, sondern nur ein auf diesen bezügliches Petitum enthalten, z. B. Präsentationsschreiben.

V. Eine ganz andere Darstellungsart haben die Antworten. Sie selbst bilden keinen Syllogismus, enthalten daher weder Thatsachen noch Rechtsdeductionen, auch nicht nothwendig ein Petitum, weil das Gericht von Amtswegen auf den beantworteten Angriff je nach Art der Antwort das Erforderliche zu verfügen

5) Jüngster Reichsabschied, §. 96.

hat. Die Antwort mit Gründen, weshalb man sich in der vorgetragenen Weise eingelassen hat, zu unterstützen, ist weder erforderlich noch rathsam, auch bedarf eine deutliche Antwort keines Commentars, deshalb bewirke man die Antwort ohne weitern Anhang, und erspare die passenden Erläuterungen zu gesonderten Einreden, z. B. rei non sic sed aliter gestae. Die Antwort ist weder an die Worte des Gegners, noch an dessen Geschichtserzählung gebunden, vielmehr soll dieselbe in ungezwungenem Style zunächst alle Thatsachen, welche geleugnet oder mit Nichtwissen beantwortet werden, enthalten, und dann alles Uebrige, was zugestanden wird, ohne jedoch eine relevante Thatsache zu übergehen. Verwerflich ist besonders die relative Antwort, bei welcher aus dem gegnerischen Angriffe das Anfangs- und Schlußwort eines Satzes hervorgehoben und dazu bemerkt wird, ob die Thatsachen geleugnet oder eingeräumt werden, z. B. Negando: Es hat — bis — im Besitze, wozu aus dem Angriffe zu suppliren ist, Beklagter ein Haus zu A im Besitze —. Dagegen muß jede Antwort wegen des hohen Werthes eines gerichtlichen Geständnisses, auf alle dem zu beantwortenden Angriffe nach den Rechten [6]) zu Grunde liegende Thatsachen bestimmt erfolgen, schon für sich selbst verständlich, daher lichtvoll und nicht auf Schrauben gestellt sein. Eine stillschweigende [7]) Antwort, welche erst gefolgert werden müßte, gibt es ebenso wenig, als eine generelle anders zulässig ist, als wenn der ganze zu beantwortende Angriff als factisch wahr zugegeben wird, wogegen im Falle des Leugnens jeder einzelne Bestandtheil des Angriffs speciell zu beantworten ist; dagegen gibt es wol eine zur Strafe Ungehorsams fingirte Antwort (§. 162). Eigene Handlungen, oder gemeinschaftliche, bei denen der Antwortende mitthätig oder zugegen war, müssen speciell bejaht oder verneint werden; fremde Handlungen dagegen können auch mit Nichtwissen beantwortet werden [8]). — Die Landes-

6) Ueber Anticipation der Replik in der Klage: Martin, in A. Martin's Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, S. 195 fg.

7) Cap. 2 de litis contest. in VI[to] (2, 3). Cap. 6 X. de exc. (2, 25). Comp., §. 154, Note b.

8) Jüngster Reichsabschied, §. 37. Gönner, Handbuch, Th. 2, Abth. 36, §. 10. Arg. §. 49 des Jüngsten Reichsabschieds.

gesetze enthalten für die Antworten viele wesentlich abweichende Bestimmungen.

VI. Die Strafen, welche der Nichtbeachtung der für die innere Form der Angriffe oder Antworten gegebenen Vorschriften gedroht sind, bestehen theils in Geldbußen oder Verweisen, wenn wirkliche Ordnungswidrigkeiten vorgekommen sind, z. B. bei Injurien, theils in dem Befehle, heilbare Fehler zu verbessern, ehe die Mittheilung des Fehlerhaften an den Gegner erfolgt, theils in Nachtheilen, die sich auf die Sache selbst beziehen, Verwerfung des Angriffs in der angebrachten Maße, Nichtbeachtung desselben, Annahme des Zugeständnisses bei nicht gehörig erfolgten Antworten (§. 149, 151, 162).

§. 101.

bb) Besonders von der Eventualverhandlung.

I. Zu den Eigenthümlichkeiten des deutschen und zwar besonders des ordentlichen Civilprocesses gehört das Eventualprincip [1]), welches keine bloße Befugniß der Parteien ausdrückt, sondern eine hypothetische Nothwendigkeit für dieselben enthält, aller ihnen bereits jetzt zu Gebote stehender Angriffs- und Vertheidigungsmittel, auf welche sie bei der Entscheidung dieses Rechtsstreits Rücksicht genommen zu sehen wünschen, mit einem male und neben einander sich alsdann sogleich zu bedienen, wenn gemäß der Ordnung des Verfahrens, an jede Gattung derselben die Reihe kommt, sollten gleich einige davon nur subsidiarische oder blos eventuelle Hülfsmittel sein. Es ist dieses Princip so weder im Römischen Rechte [2]) noch im Kanonischen Rechte [3])

---

1) Außer den im Comp. Note *) citirten Schriftstellern: Brackenhöft, Erörterungen, S. 375 fg. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, Bd. 1, §. 84, S. 270 fg.

2) L. 4, 8, 9, C. de except. (8, 36). Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam — — petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. L. 19 C. de prob. (4, 19). Heffter, Institutionen des Civilprocesses, S. 97, 277, 280, 287, 300, über das römische Verfahren.

3) Nur unvollständig sind die Bestimmungen Cap. 4 X. de except.

bekannt, vielmehr erst durch die deutschen Reichs- und Landesgesetze eingeführt, während jene recipirten Rechte eine Verbindung mehrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel nur als ein Recht der Parteien kennen, dessen diese sich nach Gutdünken, und geleitet durch die Regeln der Proceßpolitik, bedienen können oder nicht.

II. Aber auch in den einheimischen Gesetzen[4]) ist eine allgemeine Regel über das Eventualprincip nicht gegeben, sondern dasselbe aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zu abstrahiren. Die bestimmteste gemeinrechtliche Vorschrift dieser Art findet sich 1) für den ersten Proceßabschnitt in §. 37 des Jüngsten Reichsabschieds, wo dem Beklagten für seine erste Vertheidigung gegen die Klage zur Pflicht gemacht wird, nicht nur auf das Thatsächliche derselben sich gehörig einzulassen, sondern daneben auch, sogar wenn er Alles geleugnet hat, doch schon jetzt auf einmal alle dilatorischen und peremtorischen Einreden, durch welche er sich gegen die Klage im gegenwärtigen Rechtsstreite vertheidigen will, vollständig vorzutragen. Denn Alles, was von dieser Art weggelassen oder unvollständig vorgetragen wurde, soll im jetzigen Processe später nicht beachtet werden. Hier ist also offenbar den Präjudicialfragen keine vorläufige Erörterung gestattet, sondern es sollen dieselben zugleich mit den davon abhängigen übrigen Streitpunkten vollständig aufgeklärt werden, um im Nothfall der Gegenstand desselben Erkenntnisses sein zu können. Das Gesetz nennt deshalb auch einen solchen combinirten Vortrag eine eventuelle Handlung. Selbst in Ansehung der Widerklage[5]), welche der Beklagte in den nämlichen Acten mit der Hauptsache verhandelt und entschieden wissen will, was übrigens von seiner Willkür abhängt, ist es ihm doch zur hypothetischen Pflicht gemacht, dieselbe seiner Exceptionsschrift alsbald anzuhängen, gesetzt auch, daß eine solche Gegenforderung nur eventuell begrün-

---

(2, 25). Clem. 2, de verb. sign. (5, 11). Albrecht, Ausbildung des Eventualprincips, S. 5 fg.

4) Jüngster Reichsabschied, §. 37, 40. Vergl. auch Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 27, §. 2. Reichsabschied von 1570, §. 89, 90. Reichsabschied von 1594, §. 59—63. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 117—120.

5) Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 30.

det sein könnte, wenn z. B. die als Einrede geltend gemachten Compensationsforderungen zur Beseitigung der Klage unnöthig sind (§. 158). Etwas Aehnliches ist dem Kläger dann zur Pflicht gemacht, wenn derselbe mehre Klagen, welche vielleicht nur successiv mit einander concurriren, cumuliren will, z. B. ein Restitutionsgesuch mit einer sogenannten Nullitätsklage. Denn obgleich es seiner Willkür überlassen ist, ob er eine solche Cumulation vornehmen will, so ist ihm doch dazu die Abfassung des Klaglibells als äußerster Termin festgesetzt, indem jeder spätere Nachtrag zur besondern Ausführung verwiesen werden müßte, weil sich der Beklagte in seiner Einredeschrift nicht gehörig dagegen hätte vertheidigen können, mithin das vollständige rechtliche Gehör in einem neuen Processe mit Recht verlangen würde. Aber auch in den folgenden Verhandlungen des ersten Verfahrens treten dieselben Grundsätze [6]) ein, da jeder Kläger in Ansehung der Einreden dieselbe Pflicht hat, welche dem Beklagten in Bezug auf die Klage obliegt, mithin jeder Kläger zu gleicher Zeit auf alle vorgeschützten Einreden vollständig antworten, und alle seine Repliken, welche er den einzelnen Einreden entgegenzusetzen im Stande und Willens ist, auf einmal vortragen muß. Gleiches muß wegen der vorhandenen völligen Analogie auf die Dupliken und Tripliken in diesem Verfahren angewendet werden, so daß man am Schlusse des ersten Abschnittes eine vollständige Uebersicht des status controversus erlangt, wenngleich derselbe zum Theil nur eventuell erheblich wird. — Daß dieselben Grundsätze ebenso auch 2) in allen Appellationsinstanzen und bei allen andern Rechtsmitteln eintreten, folgt schon aus der anerkannten Aehnlichkeit, welche diese Abschnitte mit dem ersten Verfahren haben. Die Gesetze [7]) reden daher ausdrücklich von einer eventuellen Antwort auf eine Appellation, welche neben den Einreden, wodurch die Zulässigkeit des Rechtsmittels selbst oder dessen rechtliche Begründung bestritten wird, vorzutragen ist. Hierzu kommt aber noch, daß nach der Natur der Rechtskraft jede Partei,

6) Jüngster Reichsabschied, §. 45, 47.

7) Jüngster Reichsabschied, §. 70 a. E. Reichsabschied von 1570, §. 91, 92. Reichsabschied von 1594, §. 64. Vergl. auch Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 32, §. 3.

welche durch ein Erkenntniß sich für beschwert erachtet, alle Beschwerden gegen dieses deshalb auf einmal vortragen muß, weil sonst derjenige Theil des Erkenntnisses rechtskräftig werden würde, welcher innerhalb der gesetzlichen Fatalien nicht angefochten worden ist. Es fehlt daher an dergleichen, blos eventuellen Beschwerden nicht leicht. — Was aber endlich 3) die Beweisinstanz anlangt, so war zwar schon im Kanonischen Rechte[8]) verordnet, daß aller directer Gegenbeweis durch Zeugen früher eingebracht sein müsse, ehe die Aussagen der Beweiszeugen eröffnet und den Parteien die Möglichkeit der Beurtheilung, ob ein Gegenbeweis überall nöthig werde, gegeben sei. Allein weiter gehen die deutschen Gesetze[9]), indem sie es dem Richter zur Pflicht machen am Schlusse des ersten Verfahrens durch ein besonderes Beweisinterlocut beiden Theilen eine peremtorische Frist zur Führung aller ihrer Beweise und Gegenbeweise zu setzen, nach deren Ablauf weder vom Producenten noch vom Reproducenten ein anderes Beweismittel, welches nicht schon innerhalb jener Frist förmlich beantragt war, zugelassen wird. In den meisten Landesgesetzen ist jedoch diese Pflicht des Richters dahin modificirt: daß das Gesetz ein- für allemal eine solche Beweisfrist festgesetzt hat, welche, auch ohne daß darauf im Beweisinterlocute verwiesen wäre, von selbst ihre Anwendung findet, und als eine Art gesetzlicher Frist von selbst präclusiv wirkt.

III. Aus dem Allen ergibt sich, daß im ganzen präparatorischen Proceßtheile das Eventualprincip von den deutschen Gesetzen im Einzelnen anerkannt, und deshalb als allgemeiner Grundsatz für diesen Theil des Verfahrens zu Grunde zu legen ist. Für die richtige Anwendung dieses Princips muß aber noch Folgendes ausdrücklich erwähnt werden. 1) Nur für den Abschnitt des Verfahrens, wodurch die endliche Entscheidung des Rechtsstreits vorbereitet wird, gilt das mehrgedachte Princip; in der eigentlichen Executionsinstanz dagegen leidet es keine Anwendung, indem kein Zwangsmittel früher angewendet werden darf, als bis dafür hinreichende Gewißheit vorliegt, daß die vorher zu versuchenden

8) Cap. 25, 26, §. 3, X. de test. et attest. (2, 20).

9) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 6, §. 3. Jüngster Reichsabschied, §. 45, 46, 48.

Mittel erfolglos geblieben sind. Es kann daher z. B. die Subhastation der Immobilien nur erst dann vor sich gehen, wenn die Auction der Mobilien nicht genug ertragen hat. Denn durch Umkehrung dieser Ordnung könnte einer Partei ein unersetzlicher Schaden zugefügt werden, während das Eventualprincip nur solche Fälle im Auge hat, wo durch eine vorläufige Verhandlung mehrer Vertheidigungsgründe keiner Partei ein ausgemachter Rechtsnachtheil zugefügt werden kann. 2) Die Pflicht zum eventuellen Handeln bezieht sich aber auch lediglich auf die Abfassung der Parteivorträge, nicht auch auf den Inhalt der richterlichen Beschlüsse, da für diese letztern eine solche gesetzliche Vorschrift nicht ertheilt ist. Auch kann das Gegentheil aus dem vereinzelten Falle, auf welchen sich L. 11 C. de sentent. (7, 45) bezieht[10]), um so weniger abgeleitet und zur allgemeinen Regel erhoben werden, als, abgesehen von der Eigenthümlichkeit des Falles, das Eventualprincip dem Römischen Rechte nicht bekannt war. Vielmehr bleibt es dem Ermessen des Richters überlassen, ob er bei seinen Beschlüssen eventuelle Aussprüche thun oder jetzt schon proceßleitende Anordnungen treffen will, deren Nothwendigkeit noch zweifelhaft ist und durch deren jetzige Anordnung leicht unnöthige Rechtsmittel veranlaßt werden können. Der Gerichtsstyl hat daher mit der Formel: „es ergeht demnächst weiter was Rechtens", womit die meisten Interlocute schließen, ein solches eventuelles Handeln regelmäßig beseitigt. 3) Die einzelnen cumulirten Angriffe und Antworten, welche in den nach jenem Princip eingerichteten Parteivorträgen und Handlungen enthalten sind, verlieren dadurch nichts von ihrer rechtlichen Natur. Denn jeder dieser Bestandtheile des Vortrags behält seine subsidiarische Natur, welche er an und für sich gehabt hat, und es versteht sich von selbst der Vorbehalt, daß man die mehren Angriffe nur unter der Bedingung cumulire, daß man ihrer bedürfe, sollte er gleich nicht, wie dies gewöhnlich geschieht, ausdrücklich hinzugefügt sein. Die Richtigkeit dieser Behauptung ist in einem einzelnen Falle von

---

10) L. 11 C. de sentent. (7, 45). Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat. quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri debeat, hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est.

den Reichsgesetzen [11]) ausdrücklich anerkannt. Es folgt daraus aber, daß das Gericht, welches auf eine solche componirte Sachinstruction zu erkennen hat, die Parteivorträge in ihre einzelnen Bestandtheile auflösen und jeden einzelnen derselben so beurtheilen muß, als wären alle völlig getrennt und successiv vorgetragen. Daher müssen in solchen Fällen zuerst alle präjudiciellen Streitpunkte erörtert werden, und darf, wenn diese in solcher Weise begründet gefunden sind, daß die dependenten Fragen damit hinwegfallen, ein weiteres Erkenntniß nicht hinzugefügt werden. Sollte aber eine solche Präjudicialfrage verworfen werden müssen, oder sollten die mehren cumulirten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel unter einander von gleicher Wirksamkeit sein, dann hält sich das Gericht zunächst an diejenigen, welche am vollständigsten aufgeklärt und eine endliche Entscheidung zu veranlassen besonders geeignet sind, weil dadurch das Uebrige gleichfalls überflüssig wird. Sollten aber sämmtliche Streitpunkte, welche noch vorhanden sind, zu einem endlichen Erkenntnisse noch nicht reif sein, so muß die fernere Proceßleitung so eingerichtet werden, daß sie alle cumulirte Angriffe und Antworten umfaßt und deren weitere Instruction zum demnächstigen Endurtheile gehörig veranlaßt. 4) Selbst die Zeit des Gebrauchs der verschiedenen Angriffe und Antworten, welche von den Parteien cumulirt werden müssen, wird durch das Eventualprincip nicht verändert, indem eine Verbindlichkeit zum Anticipiren nirgends geordnet ist, hierdurch vielmehr die Ordnung des Processes leicht gestört werden könnte. Daher kann zur Cumulation verschiedener Angriffe erst dann geschritten werden, wenn diese Art von Angriffen an der Reihe ist. Mithin sind Beweisantretungen in der Klage oder beim Vortrag von Einreden regelmäßig unzulässig, da man zu den Beweisen erst dann schreitet, wenn die Acten ergeben, daß die behaupteten Thatsachen geleugnet sind. Landesgesetze haben hiervon allerdings bisweilen Ausnahmen gemacht. 5) Da die Gesetze nie etwas Unmögliches verlangen, so läßt man ungeachtet des Eventualprincips die Parteien auch dann mit Nachträgen solcher Vertheidigungsmittel zu, welche eigentlich früher hätten vorgebracht werden sollen, sobald nur im einzelnen Falle behauptet und dar-

11) Jüngster Reichsabschied, §. 40.

gethan werden kann, daß die nachgebrachten Angriffe entweder erst später entstanden sind, nachdem der Vortrag, zu welchem sie gehörten, bereits gehalten war, oder daß wenigstens die Partei dergleichen nachzuliefernde Vertheidigungsmittel erst später kennen gelernt habe[12]). Man nennt dies das jus novorum und verlangt von der Partei, welche einen solchen Nachtrag einbringt, allenfalls einen Calumnieneid, wenn nicht auf andere Weise bewiesen werden kann, daß sich dieser Nachtrag hinreichend entschuldigen lasse. 6) Der Zweck des Eventualprincips wird aber schon vollständig dadurch erreicht, daß man wirklich verspätete Vorträge im gegenwärtigen Rechtsstreite weiter nicht beachtet und die Instruction desselben auf sie nicht erstreckt, sondern dergleichen selbst im ordentlichen Proceß zu besonderer Ausführung verweist, obgleich eine solche Verweisung bei dieser Art des Verfahrens eigentlich gegen die Regel ist und sich nur als eine Folge des eigenen Verschuldens derjenigen Partei, welche sich daran versäumt hat, rechtfertigt. Ob aber dergleichen verspätete Vorträge überhaupt in einer getrennten Verhandlung als Klage oder Einrede benutzt werden können, hängt von andern Rücksichten als dem Eventualprincipe ab, und ist weniger zweifelhaft[13]), wenn eine solche Verweisung im summarischen Processe, als wenn sie im ordentlichen vorkommt (Comp., §. 103 a. E.).

§. 102.

γ) Zahl der Parteivorträge und Actenschluß.

I. Der Mangel an gesetzlich und richterlich angeordneten Präclusivterminen bei Verhandlung eines Rechtsstreits — eine Folge des unbeachteten Staatsinteresses bei prompter Civilrechtspflege — veranlaßte im Römischen Rechte[1]) die ausdrückliche Vor-

---

12) Kammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 27, §. 2. Jüngster Reichsabschied, §. 70 a. E.

13) Wernher, Observ. jur., VII, obs. 28.

1) L. 9 C. de judiciis (3, 1). Judices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare: num quid novi addere desideret: cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit. Nov. 115, cap. 2.

schrift, daß der Richter, ehe er ein Urtheil fällen könne, beide Theile ausdrücklich zu fragen verpflichtet sei, ob sie noch etwas vorzutragen hätten, und daß nur, wenn dies verneint war, der Richterspruch erfolgen konnte. Eine solche verneinende Parteierklärung nannte man in späterer Zeit[2]) conclusio in causa oder submissio ad sententiam, und stellte den Grundsatz auf: „Non nisi in causa conclusa sententia est ferenda.“ Im römischen Civilprocesse kam diese Formalität in jedem einzelnen Rechtsstreite nur einmal bei demselben Gerichte vor, weil damals die gemischten Interlocute unbekannt waren und durch sie die verschiedenen Proceßabschnitte nicht getrennt wurden. Die Conclusion hatte deshalb den Erfolg, daß sie einen absoluten Verzicht auf Alles enthielt, was vor dem gefällten Erkenntnisse hätte vorgetragen werden müssen. Im heutigen Civilprocesse des gemeinen Rechts ist eine solche Conclusion unnöthig, sobald die gesetzliche Zahl der Parteivorträge vorhanden, d. h. sobald jedem der Streittheile wenigstens ein Vortrag oder, falls der einen Partei deren mehre gestattet worden sind, eine gleiche Anzahl dem Gegner nachgelassen, oder doch der dazu gesetzte Präclusivtermin abgelaufen ist. Denn durch die vom Gesetz, bezüglich vom Richter, allen Parteivorträgen bestimmten Präclusivtermine werden alle weitern Nachträge dazu regelmäßig ausgeschlossen, so daß dadurch der Zweck der Conclusion schon früher erreicht wird. Demungeachtet haben das gemeine Recht und Landesgesetze die Conclusion beibehalten.

II. Die jetzige conclusio in causa hat aber gegenüber der frühern folgende Modificationen erlitten: 1) ausdrückliche Fragen von Seiten des Gerichts erfolgen nicht mehr, sondern es wird von jeder Partei erwartet, daß sie bei jedem Proceßabschnitte aus eigenem Antriebe in ihrem letzten zulässigen Vortrage zum Spruche submittire. Unterbleibt dies, dann wird vom Richter von Amtswegen fingirt, daß eine solche Erklärung erfolgt sei, und dies im nächsten proceßleitenden Decrete oder spätestens im nächsten Urtheile ausdrücklich erwähnt. Nur in einigen Ländern hat man am Schlusse jedes Proceßabschnitts einen eigenen Termin zu dem

2) Cap. 11, caus. 30, qu. 5. Cap. 5 i. f. X. de causa poss. et propr. (2, 12). Cap. 9, 10, i. f. X. de fide instr. (2, 22). Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 21 fg. Jüngster Reichsabschied, §. 55, 153.

Ende angesetzt, damit darin die Parteien mündlich zu Protokoll concludiren, und dieser Termin wird oft, wenn auch die Acten nicht versendet werden sollen, fälschlich ein Inrotulationstermin genannt. 2) Heutzutage kommt aber nicht blos eine einzige Conclusion, sondern es kommen deren mehre in demselben Rechsstreite, auch vor dem nämlichen Gerichte, häufig vor, weil außer dem Endurtheile auch gemischte Zwischenerkenntnisse, welche die Kraft einer Definitivsentenz haben, ertheilt werden und daher, wie das Endurtheil, eine vorausgegangene Conclusion verlangen. Die Zahl der Conclusionen läßt sich aber nicht für alle Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen bestimmen, indem es von der Beschaffenheit des einzelnen Falls abhängt, ob mehr oder weniger Zwischenerkenntnisse darin nöthig werden. Nur darf man auch in dieser Beziehung die rein proceßleitenden Decrete mit den gemischten Interlocuten nicht verwechseln, denn jene verlangen nie einen Actenschluß, sollten sie auch in ihrer äußern Erscheinung den Erkenntnissen noch so ähnlich sein, wie dies bei dem mandatum sine clausula, welches jedoch die Rechtskraft nie erlangt, sondern Gegenvorstellungen hinterdrein zuläßt, der Fall ist. 3) Auch die heutige Conclusion enthält zwar einen Verzicht auf dasjenige, was in dem beendigten Proceßabschnitte hätte vorgetragen werden können, da man aber derselben dann nicht bedarf, wenn die gesetzlich oder richterlich angedrohte Präclusion wirklich eingetreten ist, so bezieht sich darin enthaltene Verzicht in der That nur auf diejenigen neuen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche zur Zeit der Conclusionen den Parteien bereits bekannt waren. Dieser Verzicht ist mithin auf jeden Fall relativ, d. h. er erstreckt sich nur auf das, was in dem jetzt zurückgelegten Proceßabschnitte hätte vorgetragen werden können, keineswegs aber auf Alles, was vor dem nämlichen Gericht vorzutragen war. Deshalb bedarf es des gewöhnlichen Vorbehalts „nisi quid novi" überall nicht, da dieser sich von selbst versteht, sobald wahre nova vorkommen. Nur muß, wenn in einem solchen Falle die Conclusion wirklich erfolgt ist, zum Vortrage der neuen Thatsachen eine besondere Bitte um Aufhebung der Conclusion vorgebracht werden, worin zugleich die Gründe für die Zulässigkeit des Nachtrags zu entwickeln sind. 4) Endlich wird durch eine Conclusion nur den Parteien, nicht aber dem Gerichte eine Grenze für weitere Ver-

handlungen gesetzt. Denn das letztere wird, wenn es die geschlossene Sache noch nicht für spruchreif findet, durch die Conclusion nicht verhindert den Actenschluß von Amtswegen aufzuheben und die weitere Instruction der Sache anzuordnen, zu dem Ende aber die erforderliche Thätigkeit der Parteien zu veranlassen.

§. 103.

δ) Von den Wirkungen der Parteiverträge.

I. Da der Gegenstand der Civilrechtsstreitigkeiten vor Gericht in einem Rechtsverhältnisse der Parteien besteht, über welches diese in der Regel zu disponiren befugt sind, alle Proceßschritte aber, ebenso wie die Vernachlässigungen erlaubter Maßregeln im Verfahren, nur die Veranlassung dazu sind, den Schutz der Gerichte für jenen Streitgegenstand mehr oder weniger vollständig zu erlangen; da ferner nach dem Verhandlungsprincipe diese Mittel zum Zweck meistens ebenfalls in der Gewalt der Parteien liegen, so muß das ganze Betragen dieser im Processe, deren Thätigkeit und Unthätigkeit, auf das streitige Object unvermeidlich von Einfluß sein und eine wenigstens mittelbare Disposition[1]) über dasselbe enthalten, bald einen Verzicht auf das Bessere, was hätte erlangt werden können, bald eine wirkliche Benutzung der Befugnisse, welche in dem streitigen Rechtsverhältnisse enthalten sind. Eine solche Disposition der Parteien über das Ihrige muß 1) nur als eine einseitige betrachtet und beurtheilt, daher aber nicht nach Analogie der Verträge von der Mitwirkung des Gegners abhängig gemacht werden. Es ergibt sich dies nicht nur aus ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen[2]), sondern schon aus der Richtung, welche die heutigen Parteischritte im Ganzen haben, indem sie nicht an den Gegner, sondern an das Gericht selbst gerichtet werden, und deshalb dem Gegner nichts darbieten, was er durch Annehmen oder Ablehnen in seinen Folgen bestimmen

1) Vergl. die im Comp., Note b, citirten Stellen der Gesetze.

2) L. 83, §. 1, D. de verb. oblig. (45, 1) — — nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.

könnte. Es ist daher ein Irrthum der Praxis, wenn man, um die Geständnisse der Parteien im Processe wirksam und unwiderruflich zu machen, dieselben acceptiren zu müssen glaubt. Nach gemeinem Rechte wenigstens hängt die Widerruflichkeit eines Geständnisses im Civilprocesse von dessen Annahme nicht ab, wie ausdrückliche Beispiele der Gesetze[3]) ergeben. Anders sehen Landesgesetze diese Fragen an. — Hieraus folgen dann auch die Auslegungsregeln, welche bei vorhandener Dunkelheit der Parteivorträge im Proceß anzuwenden sind, von der Auslegung der Vorträge sich aber wesentlich unterscheiden. Denn im Civilprocesse gilt die Regel[4]), daß die vortragende Partei selbst die beste Auslegerin ihrer Worte insofern sei, als sie nicht Dunkelheiten vorspiegelt, die nicht vorhanden sind oder in ihre Auslegung etwas hineintragen will, was den gebrauchten Worten zuwiderlaufen würde, etwa um versäumte Anträge nachzuholen oder um nach Lage des Processes Unzulässiges auf diese Weise unterzuschieben. Ja selbst wenn die Parteien unterlassen haben, eine solche Auslegung zeitig vorzutragen, sind die Gerichte angewiesen[5]), die nämlichen Grundsätze der Auslegung anzuwenden; mithin im Zweifel kein ausgemachtes Proceßrecht als aufgegeben zu betrachten, sondern den Vortrag der Parteien so zu verstehen, wie dadurch die Partei ihre Rechte am bestengeltend gemacht haben würde, sobald dies sich nur mit den gebrauchten Ausdrücken vereinigen läßt.

II. Ungeachtet dieser Eigenschaft einer einseitigen Disposition, welche allem processualischen Betragen einer Partei zu Grunde liegt, hängen doch 2) die Folgen und Wirkungen dieses Betragens für den einzelnen Proceß keineswegs von der Willkür des Handelnden ab, weder in Ansehung der Frage, ob er überall habe disponiren wollen, noch hinsichtlich der Modificationen der

---

3) L. 11 C. de reb. credit. (4, 1). Comp., §. 128, Note h.

4) L. 96 D. de reg. jur. (50, 17). In ambiguis orationibus maxime spectanda sententia est ejus, qui eas protulisset. Vergl. auch L. 83, §. 1, D. de verb. oblig. (45, 1).

5) L. 66 D. de judic. (5, 1). Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei accipiendum est. L. 172, §. 1, D. de reg. jur. Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit. L. 12 D. de reb. credit. (34, 5). Vergl. L. ult. i. f. C. de annali exc. (7, 40).

Disposition. Denn es würde dem Interesse, welches der Staat bei einer zweckmäßigen Rechtspflege hat, zuwiderlaufen und sehr leicht die Rechte der Gegenpartei verletzen, wenn es von dem Willen eines jeden der streitenden Theile abhinge, zu bestimmen, ob und wie viel er von dem Seinigen aufopfern und welche Folgen und Wirkungen er mit jeder Art seines Betragens verbunden wissen wollte. Daher ist durch gesetzliche Vorschriften, unabhängig von der Individualität der einzelnen Partei, festgesetzt, welche Folgen mit jeder Art des Betragens verknüpft sein sollen und wie weit der Umfang dieser Folgen sich erstreckt. Dabei haben aber die Gesetze nicht nur die allgemeine Regel im Auge gehabt, welche für die gewöhnlichen Fälle eintritt, sondern auch in den Fällen specielle Ausnahmen anerkannt, wo entweder der Gegenstand des Rechtsstreits der willkürlichen Disposition der Parteien nicht unterworfen ist, z. B. in Ehestreitigkeiten, oder wo das Subject des Rechtsstreits die freie Disposition über das Seinige nicht hat, z. B. Pupillen, die unter der Nachlässigkeit ihrer Vormünder nicht leiden sollen. Abgesehen von diesen Ausnahmen sind die gesetzlich bestimmten Folgen des Parteibetragens in jedem einzelnen Falle unabänderlich und unbedingt anzuwenden, ja sie treten meistens ipso jure vermöge des Gesetzes ein, so daß sich keine Partei vorsätzlich diesen Folgen entziehen kann und alle Protestationen und Reservationen[6]) dagegen gar nicht schützen, weil es auf den Willen der Partei selbst hierbei nicht ankommt. Selbst Irrthümer, welche eine Partei in dieser Hinsicht zu einem Proceßschritte veranlaßt haben, kommen deshalb nicht in Betracht, weil die Unkenntniß der Proceßordnung ausdrücklich für unverzeihlich erklärt ist (§. 11, VIII., S. 98), mithin darauf nichts ankommen kann, ob eine einzelne Partei sich die Folgen ihrer Handlungen klar gedacht, und sie gewollt hat oder nicht.

III. Hieraus ergibt sich 3) daß die Disposition der Parteien im Civilproceß nicht als eine wahrhaft gewollte, weder ausdrückliche noch stillschweigende, sondern höchstens nur als eine fingirte betrachtet werden darf, welche einer jeden handelnden Partei durch die Gesetze insofern zugeschrieben wird, als von einem gebotenen oder verbotenen Betragen die Frage ist. Sollten aber die

6) Cap. 54 i. f. X. de appellat. (2, 28).

Parteien solche Schritte vornehmen, welche ihnen nicht zur Pflicht gemacht, sondern nur gestattet sind und wozu ihnen nicht einmal eine Präclusivfrist gesetzt ist, z. B. die Bitte um das Armenrecht, oder sollten sie dergleichen Schritte früher, als das Gesetz oder das Gericht sie dazu verpflichtet hat, vornehmen, anticipiren, so kann dann allerdings von einer wahrhaften Disposition, bezüglich einem Verzichte, die Rede sein und es kommt dann besonders darauf an, ob die einzelne Partei in der That die Absicht gehabt hat, durch den gethanen Schritt ihr gesetzliches Recht aufzugeben oder sonst sich einen Nachtheil zuzuziehen, was im Zweifel nicht präsumirt wird und durch die zu mehrer Sicherheit ausgesprochenen Protestationen und Reservationen abgewendet werden kann, z. B. bei einem anticipirten Gegenbeweise (Comp., §. 315, Note k). Sollte dagegen die Vornahme von dergleichen nur gestatteten Schritten an eine bestimmte Frist gebunden sein, so würde in dem Unterlassen eines solchen Schrittes nicht sowol ein stillschweigender als ein fingirter Verzicht rechtlicherweise zu erblicken sein[7]). — Endlich äußert 4) die in allen processualischen Handlungen der Parteien enthaltene einseitige Disposition zunächst ihre Folgen nur auf denjenigen Rechtsstreit, in welchem sie geschehen ist, und auf die unzertrennlich damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse[8]), welche denselben Gegenstand und denselben Gegner betreffen. Ueber diese Grenzen hinaus darf dieselbe nicht ausgedehnt werden, sie ist daher nur eine relative und in gewisser Beziehung widerrufliche. Das Relative äußert sich besondert darin, daß wahrhaft dritte[9]) Personen, welche von

---

7) Cap. 6, de appell. in VI^to (2, 15). Ab eo, qui appellat, intra XXX dies instanter apostoli peti debent, et eidem intra dictum tempus a judice exhiberi: alias praesumitur appellationi suae renunciare appellans, si eos intra idem tempus petere praetermittat, etiamsi vadat aut mittat ad appellationem hujusmodi prosequendam. Cap. 15 X. de sent. et re judic. (2, 27). Respondemus, quod cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei judicatae transeat, qui ad provocationis subsidium intra id temporis non recurrit, appellandi sibi aditum denegavit, cum per hoc videatur per interpretationem juris latae sententiae paruisse.

8) Z. B. L. 11 pr., §. 1, D. de jurejur. (12, 2).

9) L. 3, §. 3; L. 9 i. f.; L. 10 D. de jurejur. Comp., Note k, und §. 113.

den gegenwärtigen Parteien ganz unabhängig sind, unter dem Ausgange des jetzigen Rechtsstreits weder leiden noch dadurch gewinnen können, sollte gleich bei ihnen die nämliche Streitfrage vorkommen. Was dagegen aber die Widerruflichkeit einer dem Disponenten nachtheiligen derartigen Verfügung betrifft, so erscheint diese zwischen denselben Parteien, welche den Rechtsstreit führten, dann nicht unzulässig, wenn durch die fragliche Aenderung der bisherige Rechtsstreit selbst nicht auf widerrechtliche Weise leiden würde. Ist daher ein Rechtsstreit völlig oder doch hinsichtlich der abzuändernden Disposition rechtskräftig entschieden, so fällt jede Abänderung als unzulässig hinweg, weil dies mit den Grundsätzen der Rechtskraft nicht anders zu vereinigen ist[10]). Sofern dagegen ein rechtskräftiges Erkenntniß der Abänderung nicht entgegensteht, so können dergleichen Veränderungen auf doppelte Art vorkommen, entweder A) unter Fortsetzung des bisherigen, nur modificirten Rechtsstreits oder B) vermittelst eines neuen Processes. In beiderlei Richtung gelten aber über die Statthaftigkeit einer solchen Abänderung verschiedene Grundsätze.

IV. Wird nämlich (zu A) der einmal eingeleitete, noch nicht beendigte Rechtsstreit fortgesetzt, so nennen ältere Schriftsteller[11]) jeden Versuch einer Partei, den betretenen Weg ihrer Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nicht weiter beibehalten zu wollen, variatio und unterscheiden davon die Declaration einzelner Parteivorträge, weil letztere nur dunkle oder zweideutige Vorträge voraussetzt, während die erstere auch bei dem deutlichsten Vortrag geschehen kann. In Ansehung des Grades und Umfanges der Aenderung an den Bestandtheilen eines deutlichen Benehmens, einer Variation, unterscheidet man weiter eine Mutation von einer Emendation[12]), indem zwischen diesen beiden Arten der Veränderungen wesentliche Verschiedenheiten nicht zu verkennen sind. Man behandelt jedoch in der Regel die Lehre von diesen

---

10) L. 1, 2, 3, C. de re jud. (7, 52). Comp., §. 112.

11) Schmidt, Von Klagen und Einreden, §. 114. Glück, Comment., VI, §. 504.

12) Schon das Römische Recht kennt diese Ausdrücke: L. 3 C. de edendo (2, 1). Gönner, Handbuch, Th. 1, Abh. 20. Bayer, Ueber Aenderung des Klaglibells (Landshut 1810); auch v. Savigny, System, VI, §. 262.

Veränderungen der Rechtsverfolgung nur mit Bezug auf den Klagvortrag, allein mit Unrecht, die Lehre ist eine allgemeine und muß hier ihren Platz finden. **Mutation** aber nennt man eine solche willkürliche Veränderung der Rechtsverfolgung in einem Processe, wodurch die Identität desselben Rechtsstreits oder wenigstens dessen gegenwärtige Situation aufgehoben wird, **Emendation** dagegen nur diejenige Abänderung, durch welche begangene Fehler in den Parteivorträgen, mögen sie gegen die Regeln des Rechts oder der Proceßpolitik verstoßen, gutgemacht werden sollen, ohne der Identität und der Lage dieses Rechtsstreits zu schaden. — Um nun zwischen beiden die Grenze genauer zu ziehen, sind folgende **Kennzeichen der Identität**[13]) eines Rechtsstreits 1) in **Ansehung des Processes an sich** zu merken. a) **Das bisherige Hauptsubject**, mithin dasselbe Gericht, vor welchem der Proceß begonnen wurde, und beide bisher streitende Parteien, nicht aber auch zufällige Nebenpersonen, gehören zur Identität des Rechtsstreits. Daher kann eine einmal erhobene persönliche Klage durch Cession auf einen andern Kläger nicht übertragen werden; denn abgesehen von der darin enthaltenen Veräußerung eines Streitgegenstandes würde, wenn der Cessionar aufträte, eine Mutation unverkennbar sein. Hiervon muß man jedoch die unvermeidliche Succession in einen Rechtsstreit (§. 302) nothwendig unterscheiden, weil dadurch keine Mutation des Rechtsstreits veranlaßt wird. b) Ein anderes Kennzeichen der Identität hängt vom **Gegenstande** des Rechtsstreits ab, insofern darunter das bisher erörterte Rechtsverhältniß[14]), mithin das nächste Streitobject, verstanden wird. Insoweit dagegen vom entfernten oder mittelbaren Streitobjecte die Frage ist, war das Römische Recht[15]) hinsichtlich der Identität weniger streng

---

13) L. 12, 13, 14, D. de except. rei jud. (44, 2). Cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne? inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res.

14) L. 14, §. 3, D. de except. rei jud.

15) L. 14 pr. D. cit. Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione diminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur. §. 34, 35, J. de action. (4, 6). L. 4, §. 3, D. de nox. act. (9, 4).

als die heutige Proceßtheorie. Heutzutage treten die Präclusivtermine für die Vertheidigung des Gegners mit ihrer Wirksamkeit einer jeden Veränderung in Ansehung des mittelbaren Streitobjects entgegen, weil gegen den veränderten Gegenstand des Rechtsstreits andere Vertheidigungsmittel dem Angegriffenen zu Gebote stehen können als gegen den, welcher zuvor verlangt wurde. Es würde daher nicht mehr der bisherige Proceß verbleiben, wenn man eine solche Veränderung des Objects gestatten wollte, und es würde dadurch der unschuldige Gegner an seinem Rechte leiden. c) Ausgemacht gehört zur Identität des Rechtsstreits, daß dieselben Angriffs- und Vertheidigungsmittel beibehalten werden, deren sich eine Partei einmal bedient hat, sobald sie diese entweder bestimmt namhaft machte oder auf solche Thatsachen stützte, welche unter keinen andern juristischen Obersatz passen, z. B. eine rei vindicatio im Gegensatze einer actio depositi, die exceptio solutionis im Gegensatze einer exceptio transactionis. d) Endlich hängt die Identität des Rechtsstreits von der Proceßart ab, in welcher derselbe eingeleitet worden ist, weil man weder einen summarischen Proceß einem ordentlichen, noch umgekehrt diesen jenem substituiren kann. — Dagegen ist 2) die Identität der Lage eines bestimmten Rechtsstreits, welcher noch unbeendigt ist, von den verschiedenen Abschnitten der Verhandlung desselben und den speciellen Zwecken, die durch jeden dieser Abschnitte erreicht werden sollen, abhängig. Denn hieraus ist zu beurtheilen, was ins erste Verfahren und was in das Beweisverfahren, was in die Appellations- und was in die Executionsinstanz gehört, auch zu bemessen, was ohne Veränderung eines solchen Abschnitts zulässig und was dagegen nur Bestandtheil eines andern Abschnitts sein kann, als dessen, worin man sich eben befindet — z. B. wenn Vorträge, welche in die Beweisinstanz gehören, in der Appellationsinstanz vorgebracht werden — deshalb aber in diesem nicht erörtert werden kann. Hieran erkennt man denn auch die Mutationen im Gegensatz der Emendationen.

V. Fragt man nun aber, in welchen Fällen Mutationen und Emendationen nach der richtigen Theorie des gemeinen Rechts überhaupt heutzutage zulässig sind, so muß man dabei von folgenden Principien ausgehen. 1) Solche Emendationen, wodurch juristische Fehler des Vortrags gehoben werden sollen

und wodurch nur eine unbedingte Pflicht des Proceßganges (nicht eine blos hypothetische) erfüllt wird, z. B. bei fehlender Bestimmtheit der erfolgten Ansprüche, sind bis zu völliger Beendigung des Rechtsstreits, also sogar in der Executionsinstanz, nicht nur zulässig, sondern so nothwendig, daß das Gericht aus eigenem Antriebe dazu die Veranlassung geben muß. 2) Solche Verbesserungen politischer Fehler und solche Mutationen, welche nur in einem Verzichte, in dem Aufgeben dessen bestehen, was in dem bisherigen Proceßschritte bereits benutzt worden ist, z. B. der Verzicht auf eine cumulirte Klage, Einrede, auf ein Beweis- oder Rechtsmittel, sind, solange eine rechtskräftige Entscheidung nicht im Wege steht, regelmäßig zu allen Zeiten zulässig, nur werden sie nicht von Amtswegen veranlaßt. Denn in der Regel gereichen sie dem Gegner, solange der Proceß noch fortgeht, nicht zum Nachtheile, sie vereinfachen vielmehr die Fortsetzung des Processes und müssen noch spät gelten, da man bis zuletzt auf den ganzen Proceß verzichten kann (§. 320). Einseitig kann ein solcher Verzicht jedoch nur solange stattfinden, als eine Gemeinschaft des Rechtsmittels für beide Theile und ein wohlerworbenes Recht darauf für den Gegner noch nicht eingetreten ist; denn ist dies der Fall, dann kann nur in Uebereinstimmung beider Theile eine solche Abänderung vorgenommen werden, z. B. der Verzicht auf eine Vorklage mit Wirksamkeit auf die Widerklage (Comp., §. 187, B; 276, C; 308 a. E.). 3) Alle solche Veränderungen dagegen, welche in Nachträgen, Zusätzen oder Umtauschungen derjenigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche man bisher angewendet hat, bestehen sollen, sind nur dann zulässig, wenn ihr Gebrauch nicht schon durch die Wahl der benutzten Proceßschritte oder durch die Nichtbenutzung überhaupt verloren[16]) gegangen ist, z. B. in den Fällen des §. 94, II. a. E. oder beim Nichtgebrauch der exceptio non numeratae pecuniae innerhalb des gesetzlich bestimmten zweijährigen Zeitraums; ferner, wenn nicht durch das Hinweglassen im Vortrage ein solcher Zusatz oder Umtausch für den gegenwärtigen Rechtsstreit verspätet und des-

16) L. ult. §. 1 i. f. C. de codicill. (6, 36). L. 3, §. 5, D. naut., caup. (4, 9). L. 14 C. de non num. pec. (4, 30). Clem. un. de caus. possess. (2, 3).

halb präcludirt ist, z. B. alle Beweismittel, die nicht innerhalb der Beweisfrist vorgeschlagen werden; endlich, wenn nicht durch die Veränderung eine Störung des bisherigen Proceßganges und eine Verwirrung der Behandlung desselben zu befürchten ist oder wenn nicht durch das Zulassen eines solchen Nachtrags die vollständige Vertheidigung des Gegners leiden müßte. — In allen solchen Fällen, mag die Veränderung zulässig oder unzulässig sein, muß diejenige Partei, welche die Veränderung vornahm, diejenigen Proceßkosten, welche in Folge dieser Veränderung nunmehr unnütz aufgewendet oder durch die Veränderung lediglich verursacht sind, tragen.

VI. Anstatt der so eben vorgetragenen Regeln wird häufig behauptet und ist in manchen Landesgesetzen[17]) sogar ausdrücklich verordnet, daß derartige Veränderungen mit der erfolgten Litiscontestation auf die Klage wegfallen. Man hat diese Behauptung aus dem Römischen Rechte herleiten zu können geglaubt, weil man die Litiscontestation des Römischen Rechts mit der des Deutschen Rechts verwechselte. Allein schon nach Römischem Rechte ist es nicht ganz außer Zweifel, ob die damalige Litiscontestation jede Mutation der Klage in unserm Sinne anzulässig machte, namentlich nach den Bestimmungen in Justinian's Gesetzsammlung. Denn hier[18]) finden sich Bestimmungen, welche, mit dem ältern Rechte und der ältern Gerichtsverfassung nicht im Einklange, eine zu große Freiheit der Abänderungen gewähren und selbst mit andern neuern Bestimmungen[19]) nicht übereinstimmen. Noch weniger läßt sich behaupten, daß die Grundsätze der römischen Litiscontestation auf den heutigen Civilproceß anwendbar[20]) seien und diese daher den äußersten Zeitpunkt für eine Mutation der Klage abgeben müßte. Die heutige Einlassung auf die Klage ist eine andere als die römische, und läßt keine Analogie mit einem Vertrage zu, wie das bei der römischen der Fall

---

17) Z. B. in Sachsen; alte sächs. Proceßordnung von 1622, Tit. 5, §. 4. Erläut. Proceßordnung, das., §. 9.

18) L. 4, §. 3, D. de noxal. act. (9, 4); §. 34, 35, J. de act. (4, 6). Glück, Comment., VI, §. 504.

19) L. 3 C. de edendo (2, 1). L. un. C. de litis cont. (3, 9).

20) Heffter, Institut. des Civilprocesses, S. 163 a. E., S. 298, 300.

war; sie ist nur ein einseitiger Vortrag und kann daher keine besondern wohlerworbenen Rechte für den Kläger oder Beklagten begründen, auch den Satz nicht rechtfertigen, daß bis zu ihr jede Mutation der Klage zulässig sei. Denn so würde, wenn z. B. der Kläger nach der Verhandlung über einlassunghindernde Einreden, welche der jetzigen Litiscontestation vorangehen, seine Klage in eine andere verwandeln wollte, dies, sobald zugleich der gegenwärtige Rechtsstreit fortgesetzt werden sollte, nicht gestattet werden können, unerachtet es bis dahin noch an aller Einlassung auf die Klage fehlt.

VII. Eine ganz andere Frage ist (zu B) die, ob nachtheilige Proceßdispositionen, welchen eine rechtskräftige Entscheidung aus dem frühern Processe nicht entgegensteht, indem die Partei, welche die Verfügung getroffen hatte, noch vor der Entscheidung des frühern Processes auf denselben unter dem Vorbehalte einer bessern Verfolgung in einem neuen Rechtsstreite verzichtet und zugleich zur Uebernahme der bisherigen Kosten sich bereit erklärt hat, in einem neuen Rechtsstreit wieder gut gemacht werden können. Die Zulässigkeit dieser Verbesserungen in einem neuen Rechtsstreite ist **1)** zuvörderst dann außer Zweifel, wenn Klagen oder Einreden, welche im frühern Processe hätten benutzt werden können, dort nicht zur Sprache gekommen sind, weil sie übersehen oder präcludirt wurden und nun in einem besondern Rechtsstreite verfolgt werden, z. B. Einreden der Compensation. Denn in diesem Falle kann die Unzulässigkeit einer solchen Verbesserung in dem frühern Rechtsstreite dem neu anzufangenden Processe nicht entgegenstehen, theils weil es keine absolute Pflicht gibt, alle derselben Partei zustehende Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu verbinden und darum die Unzulässigkeit des in dem einen Processe nicht benutzten eine blos relative für diesen Proceß ist; theils aber auch, weil ein begründeter Schluß auf einen Verzicht aus der unterlassenen Benutzung der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nicht hergeleitet werden kann, sobald hierfür nicht besondere Nebenumstände[21]) sprechen. Es können daher nur andere Hinderungs-

21) Z. B. im Falle der L. 26 D. de probat. (22, 3), wenn die Compensationseinrede gegen denselben Kläger mehrmals nicht benutzt wird und das verwandtschaftliche Verhältniß Beider glauben macht, es seien die Gegenforderungen erlassen.

gründe die Benutzung der im alten Processe nicht geltend gemachten Ansprüche in einem neuen Rechtsstreite unzulässig machen. Dahin gehört aber besonders, wenn durch die Wahl der damals eingeleiteten Rechtsverfolgung eine damit concurrirende andere unstatthaft geworden ist[22]). Dasselbe muß auch von Einreden gelten, welche nicht gegen jede andere Klage benutzt werden können oder kein selbständiges Klagrecht geben, weshalb eine Ausführung derselben in einem besondern Rechtsstreite nicht denkbar ist. 2) Noch weniger können aber andere Proceßschritte, welche nur bei Fortsetzung des Rechtsstreits zu benutzen sind, wie Repliken, Dupliken, Appellationen und Beweisführungen, in einem neuen Rechtsstreite nach Belieben zur Sprache gebracht werden, theils weil sie einen angefangenen Rechtsstreit voraussetzen, worin sie als Bestandtheile des Verfahrens angewendet werden können, theils weil deren Benutzung von dem Gange, welchen der neue Proceß nimmt, abhängt, indem man von diesen spätern Proceßhandlungen nicht absolut, sondern nur dann erst Gebrauch machen kann, wenn es die Lage der einzelnen Sache mit sich bringt; so fällt z. B. der Gebrauch eines Beweises hinweg, wenn der Gegner die behaupteten Thatsachen einräumt. 3) Was sodann aber solche Proceßschritte anlangt, die im frühern Rechtsstreite zwar, jedoch fehlerhaft, benutzt sind, sei es, daß man die Regeln der Proceßpolitik oder die gesetzlichen Vorschriften vernachlässigt hat, so kann zwar die Statthaftigkeit der Verbesserung derselben in einem neuen Rechtsstreite dann gleichfalls nicht bestritten werden, wenn wegen jenes Fehlers das streitige Rechtsverhältniß noch nicht definitiv entschieden, sondern nur eine absolutio ab instantia erfolgt ist. Wäre dies aber nicht der Fall, der alte Proceß vielmehr definitiv erledigt, so können zwar solche Fehler, welche darin gegen die Rechtstheorie begangen sind, indem man das streitige Rechtsverhältniß aus einem falschen juristischen Gesichtspunkte darstellte, leicht durch eine verbesserte Darstellung in einem neuen Rechtsstreite wieder gut gemacht werden[23]), so z. B. kann ein

22) In den oben §. 94, II. a. E. angeführten Fällen und nach L. 4, §. 3, D. de nox. act., wonach nur während des einmal anhängigen Rechtsstreits Reue gestattet ist.

23) Z. B. Cap. 15 X. de judic. (2, 1).

Depositum, worauf der Anspruch abgewiesen ist, doch hinterdrein mit einer rei vindicatio gefordert werden. Dagegen wird eine solche Verbesserung dann kaum zulässig sein, wenn dieselbe die Thatsachen betrifft, welche im frühern Processe angeführt sind, nunmehr aber als unrichtig dargestellt werden sollen. Denn dann steht der behauptenden Partei in den meisten Fällen ihr eigenes Geständniß entgegen, welches regelmäßig nur dann zurückgenommen werden kann, wenn sie einen obwaltenden Irrthum nachweist und dieserhalb Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt (§. 128). Wäre dies aber auch nicht der Fall, vielmehr nur der Beweis der behaupteten Thatsachen im frühern Processe mislungen, so kann ohne ein neues Klagfundament dieselbe Thatsache nicht nochmals Gegenstand des Beweises werden. Darum ist denn auch eine solche Verbesserung hauptsächlich nur dann möglich, wenn derjenige, welcher in dem frühern Processe aus diesem Grunde überwunden worden ist, durch eine actio de dolo seinen Gegner wegen des mislungenen Beweises in Anspruch nehmen kann, indem er denselben eines begangenen Meineids mit Erfolg überführt (was nach deutschen Gesetzen allerdings zulässig ist), oder wenn er Verfälschung von Urkunden oder Bestechung von Zeugen dem Gegner mit Grund vorzuwerfen und nachzuweisen vermag. (Comp., §. 186, V, Note s—u.)

§. 104.

II) Von den Handlungen des Gerichts.

a) Ohne Rücksicht auf Collegialform desselben. 1) Von der Actensammlung überhaupt.

I. Die Thätigkeit des Civilgerichts äußert sich — abgesehen von dessen Obliegenheiten in Beziehung auf den Geschäftsgang im Ganzen, das Führen der Registranden, Einsenden der Tabellen und dergl. mehr, welche weder aus dem gemeinen Rechte herzuleiten, noch in der Proceßtheorie zu erörtern sind — in jedem einzelnen Rechtsstreite auf eine ebenso mannichfaltige Weise wie die der Parteien, und muß daher nach ihren verschiedenen Arten, nach Stoff, Form und Wirkung erwogen werden. Es haben jedoch die verschiedenen Arten dieser Thätigkeit nicht eine und die-

selbe Natur, weshalb die einzelnen besonders zu erörtern sind. Im Allgemeinen sind aber diejenigen, welche das Verhältniß des Gerichts zu den Parteien betreffen, von denen zu unterscheiden, welche sich auf das zu andern Gerichtshöfen beziehen.

II. Zu den gerichtlichen Handlungen in Bezug auf das Verhältniß des Gerichts zu den Parteien gehört zunächst die Veranstaltung einer gehörigen Actensammlung überhaupt. Es ist nämlich die Pflicht des Gerichts im Allgemeinen, dafür zu sorgen, daß historisch sichere Nachricht vom Gange, Inhalte und Erfolge jedes Rechtsstreits vorhanden bleibe. Um dies zu erreichen, wurde in älterer Zeit alles auf die verschiedenen Rechtsstreitigkeiten Bezügliche in die vom Gerichte geführten Protokollbücher blos nach chronologischer Ordnung aufgenommen, ohne Separation nach den materiellen und subjectiven Verschiedenheiten. Die Nachtheile dieses Verfahrens wurden bei zunehmender Thätigkeit der Gerichte so offenbar, daß diese Einrichtung beseitigt werden mußte. Jetzt werden für jeden einzelnen Rechtsstreit getrennte Acten angelegt. Es entstehen diese aber nach und nach theils aus den schriftlichen Aufsätzen der Parteien mit den dazu gehörigen Beilagen, Beweisurkunden u. s. w., theils aus den gerichtlichen Aufsätzen. Die Vorschriften in Bezug auf die Einrichtung, die Sammlung der Acten beziehen sich aber theils auf das Formelle, theils auf das Materielle. In erster Beziehung ist zu gedenken, daß die Sammlung der einzelnen Actentheile in einem mit vollständiger Rubrik (mit der Benennung des Gerichts, der Parteien und des Streitgegenstandes) versehenen Umschlag (pallium), in welchen die einzelnen Bestandtheile bald geheftet und foliirt, bald locker und nicht foliirt gelegt werden, geschieht, und daß jeder einzelnen solchen Sammlung (Actenstück) eine Actendesignation oder ein Actengeneralprotokoll vorausgeschickt wird[1]). — In letzter Beziehung ist als wesentlichste Vorschrift die zu betrachten, daß die Sammlung in chronologischer Ordnung erfolgen muß. Bei dem Sammeln der einzelnen Actentheile werden die Protokolle, welche von dem Actuar über mündliche Vor-

1) Beispiele siehe bei Bergmann, Einleitung in die Praxis des Civilprocesses, S. 93, S. 45 u. 141. Ueber die von den römischen Gerichten geführten gesta, acta, vergl. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 20, S. 235 fg.

träge und gerichtliche Verhandlungen aufgenommen werden, alsbald in dieser Form zu den Acten gebracht, während von den Beschlüssen des Gerichts nur die Concepte, nach der Ausfertigung derselben, dazu kommen. Die Aufsätze der Parteien aber, sowie die anderer Gerichte oder dritter Privatpersonen müssen, ehe sie zu den Acten kommen, präsentirt werden. Denn wenn auch das gemeine Recht[2]) nicht ausdrücklich befiehlt, daß die Zeit der Einreichung der Parteivorträge ins Gericht vom Actuar notirt werde, so erkennt doch einerseits schon der jüngste Reichsabschied[3]) die Wichtigkeit der gerichtlichen Zeitbemerkung auf den Parteivorträgen an, überläßt aber die Bestimmung der Art und Weise, wie dies zu geschehen habe, vorläufig der Anordnung des Kammergerichts; andererseits aber hängt die Zulässigkeit mancher Parteivorträge von der Zeit ab, wann deren Einreichung bei Gericht erfolgt. Deshalb ist es wichtig, daß die Zeit der Ueberreichung solcher Parteivorträge an das Gericht feststehe. Fehlt gleichwol die Angabe des Präsentats ganz oder zum Theil, der Richter aber hat die Schrift zur fernern Verhandlung, ohne die Verspätung zu rügen, zugelassen, dann hat der Gegner die Verspätung zu beweisen[4]), weil dem Ueberreichenden das stillschweigende Zeugniß des Richters für die zeitig erfolgte Eingabe, welches aus der Präsumtion der Legalität der richterlichen Handlungen fließt, zur Seite steht. Wird dagegen eine solche Schrift als verspätet zurückgewiesen oder der Beweis der rechtzeitigen Einreichung von Amtswegen erfordert, dann ist dieser Nachweis Sache Desjenigen, wel-

---

2) Denn aus Cap. 11 X. de probat. (2, 19) kann man eine solche Vorschrift nicht wohl entnehmen.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 94. In der Reichshofrathsordnung, III, §. 16, ist das Präsentiren der Eingänge ausdrücklich angeordnet; doch kann dies nicht als eine gemeinrechtlich gültige Vorschrift angesehen werden (Oben §. 4, S. 28.)

4) Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. 9, §. 7 u. 8, und Gensler, im Archiv für civil. Praxis, III, 54 fg., nehmen an, es spreche die Präsumtion für die zeitige Einreichung. Dagegen Klüpfel, Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts, Abh. 12, S. 234 fg. Gesterding, im Archiv, XIV, 452—460, tritt der obigen Meinung im Ganzen bei; dagegen Linde, das. XV, 90—96. Brackenhöft, Erörterungen, S. 463, welcher in jedem Zweifelsfalle dem Exhibenten den Beweis der rechtzeitigen Einreichung auferlegt.

cher die Schrift überreichte. Uebrigens haben die Parteien das Recht, die mit ihren Schriften überreichten Originalbeilagen zurückzufordern, wogegen das Gericht eine beglaubigte Abschrift davon bei seinen Acten zurückzubehalten hat[5]). — Die Aufbewahrung der Acten liegt während der Verhandlung eines Rechtsstreits dem Richter und dessen Nebenpersonen ob; nach Beendigung des Rechtsstreits geschieht sie im Archive und erhalten dort die Acten auf dem Umschlage die nach Maßgabe des Repertoriums erforderliche Bezeichnung. Sollten aber dennoch Acten verloren gehen, so sind dieselben aus den Privatacten der Anwälte und sonst wieder herzustellen (§. 73, 314). Daß den Parteien in der Regel jederzeit Einsicht der Acten in Gegenwart einer Gerichtsperson zusteht und dieselben für diese kein Geheimniß enthalten dürfen, ist bereits oben (§. 18, II., S. 147) ausgeführt.

§. 105.

Besonders 2) von den Protokollen.

Diejenigen historischen Aufsätze des Gerichts, worin zur Erhaltung der Gewißheit dessen, was vor Gericht geschah, von einer auf Abfassung derartiger Aufsätze besonders vereideten öffentlichen Person, das was in ihrer Gegenwart sich zugetragen hat, niedergeschrieben ist, nennt man Protokolle[1]) und unterscheidet davon wesentlich Registraturen, Aufzeichnungen in Form der Protokolle, welche vom Gericht selbst zur Nachricht verfertigt werden, ohne daß dabei eine Partei oder sonst ein Betheiligter thätig gewesen wäre, und meistens die Ordnung des Geschäftsganges, namentlich den Verkehr zwischen den Gerichtspersonen und das Mechanische des Dienstes betreffen. — Zur Form[2]) eines gültigen Protokolls ist aber, abgesehen von der Eigenschaft des Protokollführers, we-

---

5) Arg. cap. 11 X. de probat. (2, 19). Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 30, §. 7.

1) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, §. 90—94, besonders S. 267. Bayer, Vorträge, Aufl. 8, §. 132, S. 395. Schwarze, in Weiske's Rechtslexikon, VIII, 516 fg.

2) Cap. 11 X. de probat. (2, 19) — ne falsitas veritati praejudicet — statuimus, ut tam in ordinario judicio quam in extraordinario judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos

sentlich: daß es alsbald bei der Verhandlung[3]) und im Beisein der Betheiligten aufgenommen werde; daß es die Verhandlung völlig getreu[4]) enthalte; daß es den bei der Verhandlung Gegenwärtigen vorgelesen[5]) und von ihnen genehmigt werde, und daß es die Zeit, den Ort, die handelnden Personen[6]), sowol auf Seiten Gerichts als der Parteien und die Qualification des Protokollführers zu diesem Geschäft ersehen lasse. — Historische Treue ist die wesentlichste Bedingung eines Protokolls. In der Niederschrift selbst dürfen daher keine Correcturen ersichtlich sein, vielmehr sind etwaige Abänderungen durch eine Randbemerkung nachzutragen; das Vorlesen kann aber auch in einem neuen Termine geschehen, so daß insofern Einheit der Handlung nicht nothwendig ist; daß das Zeugniß der geschehenen Vorlesung im Protokolle enthalten sein müsse, erhellt aus dem gemeinen Rechte nicht, die Präsumtion der Legalität des Gerichts ersetzt dasselbe. — Außer diesen wesentlichen Eigenschaften sind als natürliche[7]) zu beachten, daß das Protokoll in der Ueberschrift den Ort der Verhandlung, die Bezeichnung der Rechtssache, auf welche es sich bezieht, die Namen der bei der Verhandlung gegenwärtigen Gerichtspersonen, bezüglich der Schöppen enthalte; daß es auf gebrochenem Papiere geschrieben, im relativen Style verfaßt werde und nur da, wo die eigenen Worte erheblich sind, z. B. bei Zeugenaussagen, diese in directer Redeweise wiedergebe; daß es die verschiedenen Erklärungen der einzelnen Betheiligten durch Absätze bemerklich mache, und sowol von dem Protokollführer, jedoch nicht blos mit sei-

---

viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant: videlicet citationes ... et caetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda — loca designando et tempora et personas. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 182, 189.

3) Notariatsordnung von 1512, §. 6 im Eingange: „zu Zeiten derselben Handlung und nicht einer andern Zeit".

4) Notariatsordnung, §. 24. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 181, 182, 189. Westphal, Rechtsgutachten, Bd. 1, S. 15, §. 4.

5) Visitationsabschied von 1713, §. 27. Notariatsordnung, §. 10, 11 im Eingange.

6) Cap. 11 X. de probat. Deutlicher bezüglich der Gerichtspersonen, peinliche Gerichtsordnung, Art. 182.

7) Der gewöhnliche Eingang ist: Actum oder Continuatum; der Schluß: Actum ut supra in fidem N. N. Actuar.

nem Namen, sondern unter Angabe seiner Qualität als solcher, als auch von den übrigen bei dem Acte Gegenwärtigen unterschrieben sei.

§. 106.

3) Vom Decretiren.

a) Begriff und Arten der Decrete.

I. In Rücksicht auf das Verhältniß des Richters zu den Parteien besteht die zweite Hauptgattung der Thätigkeit desselben in einem Rechtsstreite im Decretiren [1]). Die richterlichen Decrete, worunter man alle von einem Richter an eine ihm unterworfene Person in einem Rechtsstreite erlassene Verfügungen und Anordnungen versteht, sind entweder entscheidende (Decisivdecrete, Erkenntnisse, Bescheide, Urtheile, sententiae), mögen sie die Entscheidung der Hauptsache oder eines Incidentpunktes betreffen — in welchem letztern Falle man sie Vor- oder Zwischenbescheide, sent. interlocutoriae mixtae nennt —, oder proceßleitende. Die Decrete, welche nur den Proceßgang leiten (Decrete im eigentlichen Sinne, interlocutiones merae, Resolutionen), sind aber wieder, je nachdem sie der Partei nur Notiz von einem geschehenen Schritte des Gerichts oder einem sonstigen Vorkommnisse im Rechtsstreite ertheilen, und der Selbstthätigkeit der Parteien die Benutzung dieser Notiz überlassen, notificatorische, oder, je nachdem sie eine bestimmte Willenserklärung des Gerichts aussprechen, entweder Erlaubniß ertheilende, monitorische, oder befehlende, mögen sie ein Gebot oder ein Verbot enthalten, arctatorische, oder wenn ein Parteiantrag alsbald zurückgewiesen wird, rejectorische. Die arctatorischen Decrete sind aber in Hinsicht auf die Nothwendigkeit, sie zu wiederholen oder nicht, dilatorische oder peremtorische, indem bei den letztern der für den Fall der Nichtbefolgung der richterlichen Auflage gedrohte Rechtsnachtheil mit dem Zeitablaufe ohne Weiteres von selbst eintritt; und in Beziehung auf den Inhalt des Befehls: Citationen [2]) im engern Sinne — deren es übrigens auch monito-

---

1) Außer den im Comp., Note a, Citirten: Brackenhöft, Erörterungen, S. 467 fg. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, I, §. 83, S. 283 fg. Planck, Vom Beweisurtheile, S. 160 fg. Bayer, Vorträge, §. 133 fg., S. 397 fg.

2) Citationen, Ladungen sind Befehle an einem bestimmten Tage vor

rische gibt —, Communicativdecrete, wodurch die Parteien unter Mittheilung der Anträge des Gegners aufgefordert werden, selbst etwas schriftlich vorzutragen, und Mandate, wodurch die Parteien veranlaßt werden, außergerichtlich etwas zu thun oder zu unterlassen. — Faßt der Richter, bei welchem die Hauptsache anhängig ist, die proceßleitenden Decrete ab, so sind dieselben directe, wogegen, wenn auf dessen Ersuchen ein anderer Richter, bei welchem die Hauptsache nicht anhängig ist, ein Decret in Bezug auf den bei dem erstern Richter anhängigen Rechtsstreit ertheilt, diese Decrete subsidiarische genannt werden. Die letztern setzen voraus, daß in Bezug auf den anderswo anhängigen Rechtsstreit einer Person etwas zu befehlen ist, welche weder überhaupt, noch für den einzelnen Fall dem Richter der Hauptsache unterworfen ist, z. B. Zeugen, Sachverständige. — Rücksichtlich der Art der Bekanntmachung sind die richterlichen Decrete in öffentliche und Privatverfügungen einzutheilen, von denen wieder einige publicirt, andere nur insinuirt werden.

II. Der Gebrauch und die Anwendung der hier genannten vielen Arten von richterlichen Beschlüssen im einzelnen Processe ist keineswegs willkürlich, sondern hängt theils von der Proceßgattung, theils von der eigenthümlichen Lage des einzelnen Falles oder des einzelnen Proceßschrittes, auf welchen sich der Beschluß bezieht, ab, so daß sich darüber nur im speciellen Theile Regeln geben lassen. — Nur eine Eintheilung der Beschlüsse ist unabhängig von diesen speciellen Rücksichten und von so wichtigem Erfolge, daß davon schon hier geredet werden muß, die in entscheidende und rein proceßleitende Beschlüsse. Es unterscheiden sich dieselben aber theils durch ihre Folgen, theils durch die Art und Weise, wie diejenige Partei, welche sich durch einen

---

dem Gerichte zu erscheinen, und entweder reale oder wörtliche. Die erstern, welche in einem Hinführen des Geladenen ins Gericht bestehen, sind nur statthaft, wenn der Ungehorsam des Geladenen erwiesen, sein persönliches Erscheinen aber unentbehrlich ist, z. B. bei Zeugen. Die letztern erfolgen bald mündlich, namentlich im summarischen Processe, bald schriftlich; von diesen beziehen einige sich auf einen einzelnen Act, specielle, andere auf die ganze Sache, generelle. Glück, Commentar, III, §. 218, S. 340 fg. Von den Umlaufsladungen: Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, S. 301.

solchen Beschluß beschwert oder denselben für illegal hält, denselben anfechten, sich gegen dessen Folgen vertheidigen kann. Denn während Entscheidungen (sententiae) für den einzelnen Rechtsstreit zur unabänderlichen Norm werden, sobald die Formen und Zeiten der dagegen möglichen Rechtsmittel versäumt sind, sollten sie gleich noch nicht befolgt sein, werden die proceßleitenden Decrete, selbst wenn sie befolgt sind, weder zur unabänderlichen Norm, noch geben sie ein wohlerworbenes Recht, können vielmehr durch einfache Gegenvorstellungen ohne alle Form eines Rechtsmittels angefochten, und, sobald ihre Unerheblichkeit erhellt, sogar von Amtswegen vom Gerichte zurückgenommen werden. — Als Unterscheidungszeichen zwischen beiden dient aber nicht die innere Form der Abfassung eines Beschlusses. Denn wenn es auch bei den notificatorischen Decreten in die Augen fällt, daß sie Rechte und Pflichten der Parteien nicht festsetzen wollen, so können doch schon die monitorischen den Zweifel erregen, ob nicht die in ihnen einer Partei ertheilte Erlaubniß ein wohlerworbenes Recht für den Theil begründet, dem sie bewilligt wird, folglich dieselben vom Gegner gehörig anzufechten seien, wenn sie nicht unwiderruflich werden sollen. Allein in dem Gestatten einer nicht nothwendigen Parteithätigkeit ist nur ein Vorbehalt enthalten, der wie alle Reservationen keine Rechte gibt, sondern nur die, welche bereits existiren, aufrecht erhält. Am zweifelhaftesten machen es aber die arktatorischen Decrete, ob sie nicht Sentenzen enthalten, da sie in gebietender oder verbietender Form an die Parteien oder andere Gerichtsuntergebene erlassen werden, und daher, wenn sie fehlerfrei sind, eine Pflicht zu gehorchen und folgeweise ein Recht des Gegners begründen. Indessen zeigt einestheils die Eintheilung derselben in dilatorische und peremtorische, daß die Pflicht des Gehorsams keine unbedingte, in allen Fällen gleiche ist, anderntheils die Befugniß des Richters dergleichen Mandate zurückzuziehen, daß sie der Rechtskraft nicht fähig und deshalb keine Sentenzen sind. — Nicht sicherer ist das Kennzeichen, welches von der äußern Form der Einkleidung und Bekanntmachung der Decrete abgeleitet werden könnte. Zwar sollen nach Kanonischem Rechte alle Sentenzen den dazu vorgeladenen Parteien publicirt, d. h. in der Gerichtssitzung vorgelesen werden, woraus einige Consequenzen für die Form der Ausfertigung derselben entstanden sind,

z. B. das Hinweglassen des Tages der Abfassung, das Hinzufügen des Siegels zum Zeichen einer feierlichen Urkunde, während von alledem das Gegentheil bei Decreten geschieht, die den Parteien zugesendet, insinuirt werden, und deshalb die Angabe des Tages der Abfassung enthalten. Allein schon in den summarischen Processen hat sich die Praxis ziemlich allgemein gebildet, daß man auch Sentenzen als Decisivdecrete abfaßt und den Parteien in vim publicati insinuirt; dagegen publiciren manche Gerichte auch wol rein proceßleitende Decrete, wie dies selbst bei dem Reichskammergerichte mit den sogenannten Protokolldecreten zu geschehen pflegte, versehen dieselben auch wol mit dem Gerichtssiegel, oder bedienen sich dabei der Formeln: „erkennt für Recht" und „V. R. W.", und vernichten dadurch alle jene Merkmale als durchgreifende. Das einzige sichere Kennzeichen des Unterschiedes zwischen den entscheidenden und proceßleitenden Decreten des Richters ist daher aus den vorangegangenen Verhandlungen [3]) zu entnehmen. Je nachdem nämlich ein rechtliches Gehör beider Theile über die Rechte und Pflichten, welche durch den Gerichtsbeschluß ausgesprochen werden sollen, vorangegangen ist — mag übrigens ein Wechselverfahren wirklich vorhergegangen oder doch wenigstens die Einleitung [4]) dazu dergestalt getroffen sein, so daß nun in contumaciam zu fingiren erlaubt ist, es habe dasselbe stattgefunden —, oder dies nicht der Fall gewesen ist, liegt ein entscheidendes oder ein proceßleitendes Decret des Gerichts vor. — Nirgends hat das gemeine Recht dieses Kennzeichen eigentlicher Entscheidungen (Sentenzen) und blos proceßleitender Decrete mit bestimmten Worten hervorgehoben und ausgedrückt, weil die deutschen Gesetze von der Entstehung und der Natur der Rechtskraft gar nicht handeln, sondern diese als aus dem Römischen Rechte bekannt voraussetzen, man muß daher von diesem hierbei lediglich ausgehen. Nach Römischem Rechte ist

3) Bayer, a. a. O., S. 402 fg.; §. 138, S. 433 fg. Auch Planck, a. a. O., S. 163 fg.

4) L. 14, §. 1, D. de appellat. (49, 1) — — quod absente possessore, nec quoquam nomine ejus respondente, pronunciatum est, non habet rei judicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit.

es aber ausgemacht, daß der Ausdruck sententia ein beschränkter war und nur vom Endurtheile gesetzlich gebraucht wurde, dieses aber eine conclusio in causa voraussetzte, also nur nach vorgängigem Wechselgehör erfolgte [5]). Allen Interlocutionen dagegen ging ein solches Wechselgehör nicht voraus, sie erfolgten nicht „causa cognita", und waren deshalb auch der Rechtskraft nicht fähig. Der Unterschied derselben in merae und mixtae war jedoch dem Römischen Rechte unbekannt, er ist erst im Mittelalter aufgekommen (§. 63, II.). Die Reichsgesetze [6]) bezeichnen letztere durch den Beisatz: „vim definitivae habentes", Beiurtheile, deren beschwerender Inhalt durch Appellation gegen das Endurtheil in der Hauptsache nicht wieder gut gemacht werden kann [7]), stellen sie daher den Sentenzen gleich, und trennen sie nur insofern davon, daß sie nicht die Hauptsache, sondern nur einen Incidentstreitpunkt betreffen sollen. Bei diesem Objecte müssen sie dann aber wie eine Sentenz vorhergegangenes Wechselgehör voraussetzen. — Alle dagegen auf einseitigen Vortrag einer Partei sogleich ohne zuvor eingeleitetes Wechselgehör erlassene richterliche Beschlüsse sind keine Sentenzen, sondern nur proceßleitende Decrete (interlocutiones merae), mögen sie lauten wie sie wollen und selbst rejectorische sein. — Von diesen anerkannten Grundsätzen behauptet man häufig eine einzige Ausnahme in Ansehung

5) L. 19, §. 1, D. de recept (4, 8). Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a Praetore cogendus. L. 7 C. de sentent. et interlocut. (7, 45). Nec vox omnis judicis judicati continet auctoritatem; cum potestatem sententiae certis finibus concludi saepe constitutum sit. Quapropter si nihil causa cognita secundum juris rationem tuam pronunciatum est, vox pacisci suadentis Praesidis actionem perimere, si quam habuisti, minime potuit. L. 3, 5, 7, C. comminatione (7, 57). L. 13 pr. D. de minorib. (4, 4). L. 47 pr. D. de re judic. (42, 1). L. 1 C. de praed. etc. minor. (5, 71). Brissonius, De verb. sign. sub voce „Cognitio". v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 372.

6) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 3. Reichsabschied von 1570, §. 91. Jüngster Reichsabschied, §. 70.

7) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 28, §. 6; Tit. 29, §. 3. Gutet, Archiv für civilistische Praxis, XV, 19 fg.

derjenigen richterlichen Decrete, welche in der Appellationsinstanz auf eingereichten bloßen Appellationslibell erfolgen (§. 281, 289), ohne den Gegner gehört zu haben. Denn diese Relevanzdecrete hält man für fähig rechtskräftig zu werden (Comp., §. 281, Note c); allein dem gemeinen Rechte und dem Proceßgange des Reichskammergerichts nach läßt sich auch diese Ausnahme nicht rechtfertigen.

§. 107 und 108.

b) Abfassung der Decrete *a*) in Ansehung der Form, *b*) des Inhalts.

I. Die Decrete sind in Ansehung der dabei beobachteten Form [1]) entweder mündliche oder schriftliche. Die erstern kommen namentlich bei Citationen und denjenigen Beschlüssen vor, welche man „Dicatur", „Loquatur" zu nennen pflegte. Man versteht darunter eine Eröffnung des Gerichts an einen Subalternen desselben oder einen Procurator, welche durch den Gerichtsschreiber mündlich vorzunehmen ist, damit jener etwas vorher besorge, ehe weiter decretirt wird. In solchen Fällen wird dann der Inhalt der Eröffnung, oder daß die mündliche Ladung erfolgt sei, kürzlich zu den Acten registrirt. — Schriftliche oder förmliche [2]) Decrete aber, welche die Regel bilden, werden entweder in Patentform, behufs öffentlichen Anschlags oder öffentlicher Bekanntmachung, auf ausgebreiteten Foliobogen, oder nur für die Parteien ausgefertigt; in welchem letztern Falle Urtheile stets einen selbständigen Aufsatz bilden, während Decrete auch auf die Rückseite einer den Gegner mitzutheilenden Schrift gesetzt werden (indossat. interloc.). — Die innere Form, die Art der Abfassung der Decrete, hat in der Regel ihre Quelle in der Observanz eines jeden Gerichts; diese ist zu beachten, jedoch mit Hinweglassung

---

1) Gensler, Anleitung zur gerichtlichen Praxis, I, §. 55, S. 304—320. Gönner, Grundsätze der juristischen Praxis, §. 338—350. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 88, S. 280 fg. Bayer, Vorträge, S. 405 fg. Schnaubert, Hülfsbuch der juristischen Praxis, Th. 2.

2) Beispiele in Bergmann's Einleitung in die Praxis des Civilprocesses, S. 180, 310, 386.

der veralteten, unzweckmäßigen Formen, und so zu verbessern, daß sie nach und nach zweckmäßig werde. Geringfügig ist das Formuliren keineswegs, es hängen damit vielmehr Bestimmtheit, Deutlichkeit, sowie die Merkmale und Kennzeichen der öffentlichen Glaubwürdigkeit genau zusammen. Jede richterliche Verfügung sei daher im Allgemeinen so eingerichtet, daß der, an welchen sie gerichtet ist, nicht allein mit Gewißheit ersehen könne, daß dies eine gerichtliche Verfügung sei, sondern daß ihm auch eine völlig deutliche, unzweifelhafte Vorstellung von dem erregt werde, was die Absicht des Richters bei dieser Verfügung war. Es müssen daher die Decrete in einfachen gebildetem Style verfaßt, kurz, bündig, aber deutlich und mit Würde das positiv, nicht enunciativ aussprechen, worauf es ankommt. Den Eingang der Verfügung bildet die Rubrik der Sache, und zwar bei Urtheilen und Decreten an beide Theile, unter Voranstellung der im entschiedenen Abschnitte des Processes angreifenden Partei, sonst des Nichtextrahenten, ferner die Veranlassung der Verfügung, namentlich wenn die Mittheilung derselben erkannt wird, dann folgt die Auflage selbst, darauf die Schlußformel, welche, so oft etwas entschieden wird: „V. R. W." (von Rechtswegen), außerdem aber „worauf weiter ergeht was Recht ist" lautet, und nach dieser, außer bei Urtheilen, Ort und Zeit des Decrets und Namen des Richters, wenn er nicht bereits im Eingange gestanden hat. — Das von den votirenden Gerichtspersonen signirte, mit der Ausfertigung völlig gleichlautende Concept bleibt, als Original, bei den Gerichtsacten, und erfolgt danach die Ausfertigung in der Regel so oft als Parteien da sind, welche nicht durch einen gemeinsamen Anwalt sich vertreten lassen [3]), wogegen einseitige Decrete an den Extrahenten nur in Abschrift, im Mundum aber an den Gegner ausgefertigt werden. — Unpassend ist es, wenn bei Decreten, welche an verschiedene Personen Verschiedenes verfügen, die Abweichungen in einem einzigen Concepte in Parenthesen angegeben werden.

II. In Ansehung des Inhaltes eines Decrets ist davon auszugehen, daß jedes Decret ein Specialgesetz zwischen den Parteien sein soll, der Richter also den Gesetzgeber nachzuahmen und des-

3) Jüngster Reichsabschied, §. 34 ^a. E.

halb nicht stillschweigend, sondern ausdrücklich, auch deutlich und vollständig [4]) zu entscheiden hat. Stillschweigende Entscheidungen sind daher, weil das Schweigen eine Auslegung nach beiden Seiten zuläßt, nur dann statthaft, wenn die nicht ausgesprochene Entscheidung eine nothwendige Folge des Ausspruchs und deshalb der Wille des Richters unverkennbar [5]) ist. Deshalb sind dilatorische Einreden ohne Weiteres dadurch, daß der Richter den durch dieselben bezweckten Aufschub nicht zugibt, verworfen, Fristgesuche durch das Schweigen gewährt (§. 308), Proceßkosten dadurch beiden Theilen auferlegt, compensirt (§. 39, S. 266). In den monitorischen Decreten ist begreiflicherweise die befehlende Ausdrucksweise zu vermeiden. Ueberhaupt aber ist die Vermischung der Entscheidungsgründe [6]) mit dem Ausspruche selbst, endlich das Vorausbestimmen der Folgen einer gestellten Bedingung zu unterlassen.

§. 109.

c) Bekanntmachung der Decrete.

Die Bekanntmachung [1]) der Decrete an die streitenden Theile, durch welche dieselben erst Wirksamkeit erhalten, erfolgt bei Urtheilen und Protokollarbescheiden an Gerichtsstelle an die Gegenwärtigen durch Vorlesen [2]) der Decrete, bei mündlichen Verfügungen durch Eröffnung in faciem, bei allen sonstigen Verfügungen durch Zusendung der schriftlichen Ausfertigung, Insinua-

---

4) L. 3, 7, 9, C. de sent. et interloc. (7, 45). Tit. C. de sentent. quae sine certa qualitate perferatur (7, 46). §. 32, J. de act. (4, 6). Oben §. 63, S. 393 fg. Comp., §. 108, 2.

5) L. 7, §. 1, D. de compens. (16, 2). L. 42 D. de re judic. (42, 1). Arg. L. 3 C. de fructibus (7, 51).

6) Brinkmann, Ueber die richterlichen Urtheilsgründe (1826). Schmid, Handbuch, a. a. O., Note 13. Bayer, a. a. O., S. 411.

1) Glück, Commentar, III, §. 229 fg. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 89, S. 288. Bayer, Vorträge, Aufl. 8, §. 135 fg., S. 420 fg.

2) Tit. tot. C. de sent. ex peric. recit. (7, 44). Nov. 83 pr. L. 6 C. de sent. et interloc. (7, 45). Cap. 5 de sentent. in VI[to] (2, 14). Cap. 8, caus. 2, qu. 1. Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 38, §. 5 fg. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 137, 153. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 273.

tion; selten, wenn es nicht anders geht, durch öffentliche [3]) Bekanntmachung am Gerichtsbrete, in Zeitungen u. s. w. — Was nun aber insbesondere die Insinuation betrifft, so ist über deren Form nach gemeinem Rechte etwas ausdrücklich nicht vorgeschrieben, so daß jede Beweisart zulässig, ja aller Beweis dann unnöthig wird, wenn der Adressat den Empfang der Verfügung einräumt. Geschieht sie aber durch einen Gerichtsboten oder einen Notar, dann gibt es allerdings für diese Regeln [4]), wie sie dieselbe vorzunehmen haben. Zuvörderst muß sie an diejenige Person, an welche die Verfügung gerichtet ist, oder deren legitimirten Anwalt geschehen, bei Corporationen an deren bestellte Vertreter, und nur aushülfsweise in Abwesenheit des Adressaten in dessen Wohnung der Ehefrau, den erwachsenen Kindern, welche noch an des Vaters Tisch und Brot sind, und endlich den Dienstleuten, nicht aber den Abmiethern, zuletzt durch Anheften an der Thür der Wohnung. Die Insinuation erfolgt regelmäßig da, wo der Adressat eine Haushaltung hat, den Hausgenossen jedoch nur im Hause selbst [5]); gültig zwar auch, statt durch eine Gerichtsperson oder einen Notar und zwei Zeugen, durch eine Privatperson, welchen Falles jedoch der liquide Beweis fehlt. An göttlichen Festtagen [6]) soll sie nicht stattfinden. Insinuirt wird nur das Originaldecret oder diejenige gerichtliche Abschrift, welche von einem solchen dem Extrahenten zur Nachricht zugestellt wird, mündliche Ladungen und Eröffnungen müssen in faciem geschehen. Wird die Annahme verweigert, so genügt das Niederlegen der schriftlichen Ausfertigung auf den Tisch vor den Augen der Hausgenossen, endlich aber die Anheftung an der Thür der Wohnung.

---

3) Ueber die Bekanntmachung der Edictalladungen bei dem Reichskammergericht: Tafinger, Institut. jurispr. cam. II, §. 883, f und g (in dreier Herren Landen); sonst s. v. Nibler, Ueber Edictalcitationen in Gegenständen des Civilprocesses (Straubing 1817); Haase, Edictalladungen (Leipzig 1817).

4) Notariatsordnung, Tit. 3, §. 1—3. Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 38, §. 16, 17, 19. Claproth, Einleitung in den ordentlichen Proceß, II, §. 124.

5) Griebner's Discurs (Ausg. 2, von Küstner), S. 75.

6) L. 2, 11, C. de feriis (3, 12). L. 6 D. eod. tit. (2, 12). Cap. 1, 5, X. de feriis (2, 9).

§. 110 und 111.

d) Endzweck und Wirkung der Decrete; α) der proceßleitenden α) an sich, β) Folgerungen daraus.

Der wesentliche Nutzen aller proceßleitenden Decrete ist zunächst die zweckmäßige Ausübung der negativen richterlichen Thätigkeit [1]) (§. 63, S. 390 fg.), um zu verhüten, daß ein unzweckmäßiges oder unrechtliches Verfahren nicht erst am Ende cassirt werde. Der Richter muß daher in materieller Beziehung nicht blos zur Belehrung kritisiren, sondern solche Fehler alsbald rügen, welche eine richtige Leitung des Processes unthunlich machen, deshalb das Untadelhafte nicht loben, nicht ausdrücklich billigen. — Es erfolgt aber diese Proceßleitung zur wechselseitigen Vertheidigung, je nach Beschaffenheit des einzelnen Falles, theils durch ausdrückliches Auffordern, theils durch stillschweigendes Gestatten der Rechtsvertheidigung; auch wird durch sie die Vornahme der Parteihandlungen auf bestimmte Zeit, falls dies nicht schon von den Gesetzen oder durch Uebereinkommen [2]) der Parteien geschehen ist, beschränkt. — Um diese Zwecke der richterlichen Thätigkeit vollständig zu erreichen, sollte jedem proceßleitenden Decrete eine genaue Prüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der erwählten Einleitungsart, sowie der Parteivorträge vorangehen. — Sollte aber gleichwol hierbei etwas versäumt oder übersehen sein, so kann das von demselben Gerichte, solange der Rechtsstreit nicht bereits völlig beendigt ist, uneingeschränkt nachgeholt und verbessert werden [3]), weil diese Decrete nie die Eigenschaft der Unabänderlichkeit erlangen.

---

1) Gönner, Handbuch, Th. 1, Abh. 9, §. 9, S. 229.

2) Cap. 28 i. f. X. de offic. et potest. judic. deleg. (1, 29) — nisi forte partes consenserint negotium prorogari; jedoch ist eine prorogatio prorogationis verboten. Reichsabschied von 1594, §. 52 a. E. Vergl. auch unten §. 119.

3) L. 14 D. de re jud. (42, 1). Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra. L. 7 C. de sentent. et interloc. (7, 45). L. 5 C. comminat. epistolas subscriptiones (7, 57). L. 16 D. de operis nov. nunc. (39, 1). Cap. 60 X. de appell. (2, 28).

§. 112.

b) Der Decisivdecrete. αα) Begriff und Entstehung der Rechtskraft.

1. Der unbestrittene Zweck aller bürgerlichen Rechtspflege besteht darin, reelle Gerechtigkeit auszuüben, d. h. das bestrittene Rechtsverhältniß nur nach der Wahrheit der Thatsachen, auf welche es dabei ankommt, und nach den richtigen Rechtsgrundsätzen, welche dabei anzuwenden sind, von Seiten des Gerichts zu beurtheilen, das Resultat einer solchen Beurtheilung dann aber mit Anwendung der Hülfe des Staats auszuführen. Wäre nun dieser Zweck der richterlichen Erkenntnisse für den einzelnen Fall dergestalt erreicht, daß daran nicht gezweifelt werden könnte, die erfolgte Entscheidung sei reell gerecht, so müßte daraus die Unabänderlichkeit eines solchen Urtheils von selbst folgen, weil jede andere Beurtheilung dem Zwecke des Instituts der Rechtspflege zuwiderlaufen würde. Es fehlt aber über die Frage, ob das im einzelnen Falle gefällte Urtheil reell gerecht sei, an sichern Merkmalen, da auch beide Parteien nicht leicht darüber einig sein werden, und, wären sie es, sie sich dennoch in dieser Hinsicht irren könnten, weshalb es ihnen gestattet sein müßte, das gefällte Erkenntniß auch später noch anzufechten. Wenn daher bei einem Erkenntnisse, welches unabänderlich werden soll, die Eigenschaft, daß es wahrhaft gerecht sei, als wesentlich zu betrachten wäre, so würde hieraus die größte Unsicherheit der Rechtsverhältnisse entstehen. Darum haben alle Gesetzgebungen es für nothwendig erachtet, die Prüfung der wahren Gerechtigkeit richterlicher Entscheidungen gewissen Beschränkungen zu unterwerfen, über welche hinaus diese gar nicht mehr zulässig sein soll, und nach dem Ablaufe bestimmter Zeit die erfolgte Entscheidung für unabänderlich zu erklären, ohne darauf zu sehen, ob dieselbe wahrhaft gerecht gewesen sei oder nicht. Denn ohnehin ist es, namentlich nach dem Verhandlungsprincipe, meistens die eigene Schuld der Parteien, wenn das wahre Sachverhältniß nicht zu den Acten kommt, oder unrichtig beurtheilt wird, indem sie entweder Thatsachen, auf die es ankommt, bald gar nicht, bald nicht gehörig vortragen, bald nicht so ins Licht setzen, wie es der Wahrheit gemäß gewesen wäre, oder indem sie Rechtsirrthümer begehen, welche der Richter

von Amtswegen zu verbessern nicht befugt ist [1]). Zwar kann es auch lediglich Schuld des erkennenden Gerichts sein, wenn ein bestimmter Ausspruch ungerecht ausfällt, mag dies in der bösen Absicht des Richters, oder in einer Nachlässigkeit, oder einem Irrthume desselben seinen Grund haben; allein für solche Fälle sind den Parteien Rechtsmittel gestattet, um durch ein anderes Gericht dasselbe Erkenntniß nochmals prüfen zu lassen [2]). Benutzen nun die Parteien diese Rechtsmittel nicht, oder führen sie darin das zur wahren Gerechtigkeit Erforderliche nicht aus, so ist es ihre eigene Schuld, wenn auch durch diese Mittel die wahre Gerechtigkeit nicht erreicht wird. Da nun auch aller bürgerlicher Rechtsstreit zunächst nur die Rechte und Pflichten der Parteien betrifft, bei deren Verfolgung der Staat nicht unmittelbar interessirt ist, so mußte man um so mehr zu dem Resultate kommen, daß, wenn Jemand durch ein ungerechtes Urtheil Schaden leide, dies als eine Disposition von ihm über das Seinige anzusehen sei, deren Folgen er sich selbst zuzuschreiben habe, je nothwendiger es war eine gewisse letzte Zahl von Rechtsmitteln festzusetzen, nach deren Erschöpfung eine weitere Prüfung unzulässig sein mußte, wenn man den Proceß nicht ins Unendliche fortsetzen wollte. Nur in sehr einzelnen Fällen, wo die Partei ohne alle eigene Schuld den Proceß auch in letzter Instanz widerrechtlich verloren hätte, könnte man sie als ein Opfer des öffentlichen Wohles betrachten.

II. Auf diese Weise entsteht also eine Unabänderlichkeit der Erkenntnisse, welche keine weitere Prüfung zulassen, mag dies geschehen, weil die Zahl der Instanzen erschöpft ist, oder man sich der gehörigen Zahl der Rechtsmittel nicht bedient hat. Von solchen Erkenntnissen sagen dann die Gesetze [3]) facere jus

---

1) Z. B. L. ult. §. 1, C. de codicill. (6, 36).

2) L. 20 C. de appellat. (7, 62) — et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est. L. 1 pr. D. de appell. (49, 1). L. 65 D. ad senatusc. Trebell. (36, 1).

3) L. 11 D. de justitia et jure (1, 1). Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta, non ad id, quod ita praetor fecit, sed ad illud, quod praetorem facere convenit. L. 207 de reg. jur. (50, 17). Res iudicata pro veritate accipitur. L. 25 D. de statu hom. (1, 5). L. 12, §. 3, D. de bonis libert. (38, 2). L. 2 in f. C. quando provoc. (7, 64). Cap. 13 X. de sentent. (2, 27). Facit jus inter partes.

inter partes, pro veritate accipi. Die Eigenschaft der Unabänderlichkeit derselben, selbst in dem Falle, wenn man ihre Ungerechtigkeit nachweisen könnte, wird durch den Kunstausdruck „rechtskräftig“[4]) bezeichnet; man gebraucht ihn jedoch in den Gesetzen nur von richterlichen Erkenntnissen, nie aber, wie das im gemeinen Leben zu geschehen pflegt, von Testamenten oder Verträgen. Ist nun eine solche Eigenschaft wirklich vorhanden, so enthält sie, wo es nöthig ist, eine Fiction der Gerechtigkeit dieses Anspruchs, und darauf bezieht sich der gesetzliche Ausspruch, daß der Inhalt eines solchen Erkenntnisses für Wahrheit gelten solle. — Aus einem solchen Erkenntnisse folgen dann, ohne Rücksicht darauf, welche Verhältnisse zwischen den Parteien vor erhobener Klage bestanden, formell begründete Befugnisse und Pflichten derselben, welche, mögen sie den Proceßgang betreffen oder das streitige Hauptobject, durch die Rechtskraft selbst entstanden sind. Man nennt dieses formelle Gerechtigkeit eines Erkenntnisses, und bezüglich formelle Rechte und Pflichten aus dem Grunde, weil durch die rechtsbeständige, der gesetzlichen Form genügende, förmliche Erörterung der Parteiverhältnisse der Rechtsstreit gültig beendigt ist, und nun nichts mehr auf den sachlichen Inhalt (merita causae) ankommt. Sollte aber die Form vernachlässigt sein, und zwar so, daß daraus eine Nullität des Verfahrens folgen würde, dann könnte von der Rechtskraft keine Frage sein, weil der ganze Proceß als nicht existirend betrachtet werden müßte[5]). Daher ist die querela nullitatis, und zwar nach Deutschem Rechte einer unheilbaren Nichtigkeit, durch den Anschein vorhandener res judicata nicht ausgeschlossen, sondern ein sogenanntes remedium extraordinarium, welches selbst noch nach scheinbar vorhandener Rechtskraft versucht werden kann. Ja es gibt außerdem noch ein zweites außerordentliches Hülfsmittel, die Wiedereinsetzung in den vorigen

---

4) Karl Friedrich, Ueber die Rechtskraft im Allgemeinen, S. 1—30. Wächter, Handbuch des Privatrechts, Bd. 2, §. 73. Derselbe, Erörterungen, Heft 3, S. 43 fg. v. Savigny, System des Römischen Rechts, VI, §. 280 — 290, S. 257 fg. Bayer, Vorträge, Aufl. 8., §. 137 — 142, S. 137 fg.

5) L. 4, §. 6, D. de re judic. (42, 1) — si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.

Stand, welche sowol in dem Processe als auch außer demselben ein ausgemachtes Rechtsverhältniß umstoßen kann (§. 296).

III. Wenn nun auf diese Weise die Rechtskraft der formell gültigen richterlichen Entscheidung im Ganzen auf einer Disposition der Parteien beruht, welche dieselben durch ihr Betragen vor oder nach dem Erkenntnisse zu erkennen gegeben haben, so darf man doch auch hier nicht von wahrhaft gewollten Entschlüssen reden, sondern muß sich mit einem fingirten [6]) Willen der Parteien begnügen, damit es nicht in ihre Willkür gesetzt werde, durch Protestationen alle Rechtskraft aufzuhalten. Darum haben die Gesetze [7]) zuletzt den Zeitraum von zehn Tagen bestimmt, innerhalb dessen die Rechtsmittel, welche etwa zulässig sind (was nach Justinian's Vorschriften nur die Appellationen waren), nothwendig ergriffen werden müssen, um die Rechtskraft zu suspendiren; dergestalt, daß vom Augenblick der Bekanntmachung des anzufechtenden Erkenntnisses bis zu dem letzten Augenblicke des zehnten Tages das Rechtsmittels gehörig eingewendet sein muß, widrigenfalls die Rechtskraft ipso jure eintritt, ohne auf den Willen der Parteien Rücksicht zu nehmen. — Nur besondere Ausnahmen können es daneben veranlassen, wenn schon früher, ehe die zehn Tage abgelaufen sind, dennoch die Rechtskraft des Erkenntnisses eintritt. Einige von diesen Fällen beruhen auf einer ausdrücklichen Erklärung der Parteien selbst, welche einen wahrhaften Verzicht auf die zulässigen Rechtsmittel bald vor erhobenem Processe, bald vor publicirtem Urtheile, bald und am häufigsten sogleich nach dessen Publication ausgesprochen haben [8]). Andere Fälle werden durch eine stillschweigende [9]) Willenserklä-

---

6) L. 4 i. f. C. de sentent., quae sine certa quant. (7, 46). Cum is, qui judicabat, contra te sententiam certam protulerit, neque a statutis provocaveris, ipso *tuo facto* confirmasti judicatum. Cap. 15 X. de sentent. et re jud. (2, 27). Weber, Von den natürlichen Verbindlichkeiten, S. 405. v. Savigny, a. a. O., S. 261.

7) Nov. 23, cap. 1. Cap. 15 X. de sent. et re jud. Reichskammergerichtsordnung, Th. 2, Tit. 29, §. 2.

8) L. 5, §. 6, C. de tempor. appell. (7, 63). L. 1, §. 3, D. de quib. appell. (49, 2). Bayer, a. a. O., S. 442.

9) L. 5 C. de re judic. (7, 52). Cap. 20 X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29). Cap. 54 X. de appell. (2, 28). Ob ein stillschweigender

rung, welche sich in concludenten Handlungen zu erkennen gegeben hat, hervorgebracht. Hierher gehört besonders, wenn eine Partei nach publicirtem Urtheil und unerachtet es ihr nachtheilig war, innerhalb jener zehn Tage demselben Genüge geleistet hat. Doch sind die Fälle nicht hierher zu zählen, in welchen die Partei durch die Natur der Proceßart zu einer derartigen Befolgung des Urtheils gezwungen gewesen ist, z. B. im Wechselproceß. Denn in diesen Fällen folgt daraus die Anerkennung des Urtheils nicht und es ist kaum nöthig, eine ausdrückliche Protestation dagegen hinzuzufügen. Endlich gehören zu diesen Ausnahmen die Fälle, wo nach specieller gesetzlicher Vorschrift ein Erkenntniß sofort nach der Publication rechtskräftig wird, weil dagegen kein Rechtsmittel zugelassen werden soll, und es deshalb dabei auf das Decendium nicht ankommen kann.

IV. Zu diesen speciellen, gesetzlichen Ausnahmen sind 1) alle Erkenntnisse zu rechnen, welche auf einen geleisteten freiwilligen Haupteid [10]) erfolgen, und nur die Consequenzen, welche vermöge dieser Eidesleistung nothwendig eintreten, aussprechen [11]). Nach Römischem Rechte [12]) sollten daher diese Folgen schon vor Ableistung des Eides durch das richterliche Erkenntniß, welches auf den Eid erkannt hatte, festgesetzt sein. Aus demselben Gesichtspunkte erklärt es sich, warum 2) alle Inhäsiverkenntnisse [13]) sofort rechtskräftig werden. Denn man versteht darunter diejenigen Erkenntnisse, welche entweder ein früheres rechtskräftig gewordenes Urtheil nur wiederholen, oder lediglich solche Conse-

---

Verzicht auch dann anzunehmen sei, wenn der Appellant, nach eingewendetem Rechtsmittel, bei dem Unterrichter einen andern auf Anerkennung oder Befolgung des angefochtenen Urtheils sich nicht beziehenden Antrag einbringt, ist streitig. Für die Annahme Comp., Note k; Gönner, Handbuch, Th. 3, Abh. 57, §. 35; Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, II. Abh. 12, S. 332, 333. Dagegen Linde, Handbuch, IV, 421; Bayer, a. a. O., S. 445.

10) Nicht aber das auf ein juramentum in litem erfolgende Erkenntniß. L. 28, §. 1, D. de appell. (49, 1).

11) L. 12, §. 3, C. de reb. credit. (4, 1). L. 56 D. de re judic. (42, 1). Glück, Commentar, XII, §. 805.

12) L. 11 C. de sent. (7, 45).

13) Gönner, Handbuch, Th. 3, Abh. 61, §. 13—20, 22. Linde, Handbuch, IV, §. 57.

quenzen desselben aussprechen, welche eine unvermeidliche Folge der frühern Rechtskraft sind. Die Unzulässigkeit der Anfechtung eines solchen Urtheils liegt daher nicht in dem jetzigen, neuesten, sondern in dem vorhergegangenen rechtskräftigen Erkenntnisse, welches die Basis von jenem ist. Es ist daher unrichtig, wenn man in der Praxis häufig von Inhäsivmandaten, Citationen u. s. w. redet, da eine wiederholte proceßleitende Verfügung weder bei den ersten, noch bei den fernern malen der Wiederholung der Rechtskraft fähig ist. 3) Auch Urtheile, welche in contumaciam erfolgt sind, sollen von der ungehorsamen Partei nicht angefochten werden können [14]) (contumax non appellat). Man darf jedoch nicht übersehen, daß dieser Grundsatz in dem gemeinen Rechte nur von einer contumacia, welche vor der Litiscontestation begangen ist, und daher den Gang des Rechtsstreites wesentlich modificirt, gesetzlich [15]) ausgesprochen ist; daß er sich mithin nicht auf alle Ungehorsamsfälle ausdehnen läßt, welche bei Fortsetzung eines Rechtsstreits begangen sind, und am wenigsten auf diejenigen, welche gegen ein dilatorisches [16]) Decret verschuldet wurden, da dieses auf den Gang der Hauptsache überhaupt keinen Einfluß äußert. Jener Grundsatz kann aber auch nur insofern gelten, als das Contumacialverfahren nicht übereilt, sondern rechtsbeständig [17]) geleitet, die erkannten Folgen des Ungehorsams auch das Maß der gesetzlichen Nachtheile und Strafen dafür nicht überschreiten. Denn nirgends ist eine ungehorsame Partei für rechtlos erklärt, und wären in jener Hinsicht vom Gericht Fehler begangen worden, so würden Nullitäten unvermeidlich sein, gegen welche hinwiederum jedenfalls ein außerordentliches Rechtsmittel zulässig wäre. 4) Endlich gehört hierher der Fall, wenn durch das publicirte Erkenntniß der ganze zulässige Instanzenzug erschöpft

---

14) L. 1 C. quor. appell. non recip. (7, 65). Nov. 82, cap. 5, i. f. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 296, 353.

15) Arg. Nov. 69, cap. 3, vergl. mit L. 13, §. 4, C. de judic. (3, 1). Cujacii, lib. 9, cap. 22, obs. Ritterhuisius, ad Novell. p. 588. Anderer Meinung ist Glück, Comment., III, 493.

16) L. 23, §. 3, D. de appell. (49, 1). L. 53, §. 1, D. de re judic. (42, 1). L. 73, §. 3, D. de judic. (5, 1).

17) L. 4 C. de sentent. (7, 45).

ist [18]), da die Erkenntnisse der letzten Instanz sofort bei ihrer Publication rechtskräftig werden. Man drückt diesen Grundsatz häufig so aus: so oft drei conforme Erkenntnisse erfolgt seien, finde kein weiteres Rechtsmittel statt, und glaubt diese Behauptung im Römischen Rechte gerechtfertigt zu finden. Allein dies ist nicht nur für das Römische Recht sehr zweifelhaft, keinesfalls aber nach dem jetzigen gemeinen Proceßrechte zu behaupten. Denn einestheils läßt in vielen Fällen das zweite Urtheil keine weitere Anfechtung zu, wird vielmehr sofort bei seiner Eröffnung rechtskräftig, z. B. in den meisten Bagatellsachen, anderntheils ist es keinesfalls nöthig, daß Erkenntnisse dritter Instanz da, wo sie überhaupt zulässig waren, mit irgend einem noch weniger mit beiden vorhergehenden übereinstimmen, sondern es kommt Alles darauf an, daß mit dem letzten Erkenntnisse die Zahl der im einzelnen Fall zulässigen Rechtsmittel erschöpft sei.

§. 113.

ββ) Rechtliche Natur der Rechtskraft.

I. Mit dem regelmäßigen Fundamente der Rechtskraft, welches in einer wenigstens fingirten Disposition der Parteien über das Ihrige besteht, hängen die Folgen [1]) genau zusammen, welche durch die Rechtskraft erzeugt werden. Denn 1) werden nicht die öffentlichen Verhältnisse der streitenden Theile, sondern nur ihre privatrechtlichen zu einander in Bezug auf das in Streit befangene Rechtsverhältniß durch die Rechtskraft regulirt. Man kann daher mit Grund nicht daran zweifeln, daß die Rechtskraft, soweit sie überhaupt zwischen den Parteien eintritt, auch im Auslande ihre Wirkung äußern müsse; ebenso wie dies von Verträgen anerkannt wird, welche im Auslande (Comp.,

---

18) L. un. C. ne liceat in una ead. causa tert. prov. (7, 70). Nov. 85, cap. 5 pr. L. 122, §. 5, de verb. oblig. (45, 1). Clem. 1, de sent. (2, 11). Heise u. Cropp, a. a. O., II, 183 fg. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 353, III.

1) v. Savigny, System des Römischen Rechts, VI, §. 295—301, S. 409 fg.; auch Beilage 16, S. 501. Bayer, a. a. O., §. 140—142, S. 447 fg.

Note b) von den Parteien gültig abgeschlossen sind. Auch leidet die Souverainetät des Staats nicht darunter, vorausgesetzt, daß die Parteien im Auslande gültigerweise, also nicht in Folge einer unstatthaften Prorogation, processirt haben; denn die Rechtskraft beruht nicht auf einer besondern Wirksamkeit der Gerichte, als solcher. Aus demselben Grunde sichert auch die Rechtskraft eines Urtheils kein Gericht gegen die Verantwortlichkeit, welche dasselbe dem Staate gegenüber zu übernehmen hat, wenn Fehler bei Abfassung des rechtskräftigen Erkenntnisses begangen worden wären. Denn sofern die Rechte der Parteien unverändert bleiben, können die Beamteten wegen solcher Fehler demungeachtet bestraft werden. 2) Die processualischen Rechte und Pflichten desjenigen Gerichts, bei welchem der Rechtsstreit geführt wird, das Rechtsverhältniß des Gerichts zu den Parteien, wird durch die Rechtskraft nicht verändert, indem Regreßklagen gegen das Gericht durch die Rechtskraft der Entscheidungen, welche von diesem letztern ausgegangen sind, nicht ausgeschlossen werden. Sogar in demjenigen Rechtsstreite, worin die Entscheidung bereits erfolgt ist, sind die Gerichte durch die Rechtskraft in solchen Beziehungen nicht gebunden, welche von der Willkür der Parteien unabhängig sind. Denn den Gegenstand des Rechtsstreits bildeten nur die Rechte und Pflichten der Parteien unter sich, nicht aber die des Gerichts bei Behandlung desselben; daher kann über die Relevanz eines rechtskräftig gewordenen Beweissatzes oder die Zulässigkeit einer erhobenen Klage nach richtiger Rechtstheorie in dem Endurtheile oft ganz anders erkannt werden, als in dem rechtskräftig gewordenen Zwischenerkenntnisse geschehen war, weil diese Gesichtspunkte der Beurtheilung lediglich einen Theil der richterlichen Reflexionen ausmachen, auf diese aber das Betragen der Parteien keinen Einfluß haben kann, wie dies auch im Kanonischen Rechte [2]) ausdrücklich anerkannt ist. Insofern aber nur Partei-Rechte und -Pflichten, welche die Fortsetzung eines

2) Cap. 12 de appell. in VI[to] (2, 15). Licet ab interlocutoria (per quam pacti aut alia, principali negotio praejudicans vel judicium nullum reddens, exceptio est repulsa) non fuerit appellatum, si tamen a definitiva, quae postmodum etiam ultra decendium promulgatur, appellari contingat, potest in appellationis causa ipsum gravamen per interlocuto-

Rechtsstreits betreffen [3]), Gegenstand des Zwischenerkenntnisses waren, z. B. wenn die Beweislast durch ein rechtskräftiges Zwischenerkenntniß regulirt wurde, so kann das Gericht bei späterer Beurtheilung derselben Sache sich von einer solchen rechtskräftigen Bestimmung nicht entfernen, weil diese nicht zunächst des Gerichts eigene Pflichten betrifft, sondern eine Belästigung der Parteien, welche diese willkürlich nicht übernehmen können. 3) Für die Parteien unter sich und ihre Privatverhältnisse, mögen sie die Hauptsache oder die Proceßführung betreffen, entsteht hinsichtlich derjenigen Objecte, über welche sie disponiren können, durch die Rechtskraft wenigstens nunmehr ein vollkommen wirksames Rechtsverhältniß oder eine Befreiung von früher vorhandenen dergleichen Verhältnissen, welche ganz unabhängig ist von dem, was außerhalb des Rechtsstreits deshalb Rechtens war. Darum gibt es eine eigene Klage [4]) und Einrede [5]) der rechtskräftig entschiedenen Sache (actio judicati, exceptio rei judicatae), weil das frühere Rechtsverhältniß durch die Rechtskraft consumirt war und dieser, besonders bei einem verurtheilenden Erkenntnisse, die Wirkung einer Novation [6]) beigelegt wird. Dabei ist jedoch festzuhalten [7]), daß bei behaupteten Hypotheken, welche rechts-

---

riam eandem illatum, licite per appellationis judicem emendari. Vergl. §. 180, auch Comp. §. 180, Note k.

3) Cap. 13 X. de sentent. (2, 27) — quod, *quantum ad litigantes ipsos* jus ex sententia factum fuit etc.

4) Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 138. Heffter, System, §. 272, 516, 517. v. Wächter, Erörterungen, III, 50. v. Savigny, a. a. O., S. 411, 413 fg.

5) Zimmern, a. a. O., §. 139. Keller, Von der Litiscontestation, S. 228 fg. Albrecht, von den Exceptionen, §. 8. v. Vangerow, Pandekten-Vorlesungen, I, 204 fg. v. Savigny, a. a. O., S. 413 fg., 501 fg.

6) L. 3, §. 11, D. de peculio (15, 1). L. 29 D. de novat. (46, 2). Gaius, III, §. 180; IV, §. 106, 107. Keller, a. a. O., §. 25, S. 200. Wächter, a. a. O., S. 3 fg. v. Savigny, a. a. O., S. 265 fg. Dagegen Becker, Von der processualischen Consumtion (Berlin 1854), S. 136 fg., 284 fg., 302.

7) L. 29 D. de novat. (46, 2). Keller, a. a. O., S. 99 fg. Die Bestimmungen in L. 1, 2, 3, C. de usur. rei judic. (7, 54), über besondere Zinsen der res judicata, haben keine praktische Geltung erlangt. v. Savigny, a. a. O., S. 412.

kräftig zuerkannt sind, und bei eingeklagten Zinsen, der Anfang dieses Rechtsverhältnisses nicht vom Moment der Rechtskraft gezählt wird, sondern von dem Zeitpunkte, welcher im Urtheil fixirt ist und nunmehr als ausgemachte Wahrheit gilt. Denn durch die rechtskräftige Entscheidung sollen neue Rechte absichtlich nicht ertheilt, sondern nur die vorhanden gewesenen declarirt sein, was eben auf diese Weise geschehen ist. Ferner aber folgt aus dieser Ansicht, daß Zahlungen, welche vermöge einer rechtskräftigen Sentenz geleistet worden sind, mit einer condictio indebiti nicht zurückgefordert werden können [8]), gesetzt auch, es wären wirkliche Nichtschulden gewesen. Es gilt dies jedoch nicht von den blos provisorisch geleisteten Zahlungen, welche die Folge eines summarischen Processes gewesen sind, bei welchem eine Ausführung in separato vorbehalten war, vielmehr nur von solchen Zahlungen, welche am Ende eines ordentlichen Processes zu Befolgung der Rechtskraft geleistet werden.

II. Weil aber rechtskräftige Erkenntnisse nicht selten der wahren Gerechtigkeit zu nahe treten, alle Arten von Veräußerungen Seiten einer Partei aber, welche doch, wie wir sahen (§. 16, X.; §. 103, I.), die letzte Grundlage jener abgeben, eine unzweifelhaft deutliche Willensäußerung voraussetzen und keine Ausdehnung leiden, vielmehr streng zu interpretiren sind, so tritt die Wirkung der Rechtskraft nur dann ein, wenn 1) ein vollkommen deutliches [9]) Erkenntniß, bei welchem allein eine unzweifelhafte Disposition der Parteien gedacht werden kann, vorhanden ist. Sollte daher in einem Urtheile eine Dunkelheit sich finden, oder ein zweideutiger Sinn enthalten sein, dann muß zuvörderst ein Gesuch um Aufklärung [10]) der Dunkelheit bei dem Gericht angebracht

---

8) L. 1 C. de condict. indeb. (4, 5). Keller, a. a. O., S. 353 fg.

9) L. 3 D. quae sentent. sine appell. (49, 8). Bayer, a. a. O., S. 416 fg.

10) L. 46 D. de re judic. (42, 1). Actorum verba emendare tenore sententiae perseverante non est prohibitum. Gönner, Handbuch, III, 134, 204, 329. Heffter, System, §. 484, S. 590. Schmid, Handbuch, III, 367 fg. Nicht entgegen steht L. 55, 62 D. eod. tit. Ueber die Art der Auslegung, welche nur eine stricte sein kann, L. 5, §. 9, D. de agnoscend. et alend. (25, 3). Siehe L. 1, 2, C. si plures una sentent. cond. (7, 55). L. 43 D. de re judic. L. 4, §. 1.; L. 10, §. 3, D. de appell. (49, 1).

werden, ehe von der Rechtskraft eines solchen Urtheils geredet werden kann. Daher läuft das decendium auch erst von Bekanntmachung des declaratorischen Erkenntnisses, welches darauf erfolgt. 2) Nur die Decisiv- und Dispositivworte des Erkenntnisses selbst, nicht auch dessen Entscheidungsgründe[11]), sind der Rechtskraft fähig, sollten die letztern auch in das Urtheil selbst aufgenommen sein. Denn die Entscheidungsgründe haben nicht die Absicht, das streitige Rechtsverhältniß zu reguliren, sondern sollen nur das Erkenntniß des Gerichtes rechtfertigen. Da nun aber dasselbe Resultat aus von einander völlig abweichenden, gleichwol nicht weniger richtigen Gründen sehr häufig gerechtfertigt werden kann, so kann auch eine Unrichtigkeit der letztern nicht weiter in Frage kommen. 3) Nicht immer ist das ganze Urtheil, und ebenso wenig ist dasselbe immer für beide Parteien rechtskräftig, vielmehr gibt es eine partielle und relative Rechtskraft. Die partielle[12]) Rechtskraft erstreckt sich blos auf einen Theil des Erkenntnisses und die damit nothwendig zusammenhängenden Bestimmungen desselben, während dessenungeachtet gegen andere Punkte desselben Urtheils noch Rechtsmittel gebraucht, und durch diese daran vielleicht Abänderungen erzielt werden können. Dieser Fall tritt besonders bei cumulirten Klagen und Einreden häufig ein. Die relative Rechtskraft dagegen bezieht

---

Comp., Note l; §. 277, Note k. Ueber Verbesserung von Schreibfehlern in der Ausfertigung des Erkenntnisses: L. 46, 55, D. de re judic.; L. 6, §. 1, D. de offic. praes. (1, 18). Comp., §. 112, Note e. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, VII, Nr. 366.

11) Vergl. die im Comp., Note d, für und gegen diese Ansicht genannten Schriftsteller, besonders aber v. Savigny, a. a. O., §. 291—293, S. 350 fg., welcher zwischen objectiven und subjectiven Gründen unterscheidet und von den erstern behauptet, daß sie rechtskräftig werden; Bayer, a. a. O., S. 435 fg.; Buchka, Einfluß des Processes, II, 183—200; Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, S. 250, 264, welche der im Text vertretenen Ansicht ebenfalls entgegentreten. Vergl. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, I, 367; II, 250; V, 236.

12) L. 27 D. de famil. hercisc. (10, 2) — non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non. L. 41 D. eod. tit., aber ehe die Sentenz res judicata wird, kann man sie pro parte anfechten, damit sie als solche nicht res judicata werde. Cujacii Obs., lib. 23, obs. 1. Seuffert, a. a. O., III, 232; IV, 160.

sich auf den Fall, wo nicht beide Parteien dasselbe Erkenntniß anfechten, sondern nur etwa die eine. Denn dann werden während dieser Anfechtung des Erkenntnisses in Bezug auf den Gegner die Folgen der Rechtskraft nicht suspendirt, weil die Absicht jeder Partei nur dahin geht, ihre eigene Lage zu verbessern, nicht aber ihrem Gegner Vortheile zu verschaffen, ebenso wenig als sie denselben präjudiciren konnte [13]). 4) Endlich beschränken sich alle Wirkungen der Rechtskraft nur auf das bisher streitige Rechtsverhältniß, soweit dasselbe überhaupt Gegenstand des Rechtsstreits geworden war [14]). Solche Rechtsverhältnisse jedoch, die mit den bisher streitigen, nunmehr entschiedenen, im nothwendigen Zusammenhange stehen, so daß sie mit demselben stehen oder fallen, werden als mittelbares Streitobject betrachtet und folgeweise mitentschieden. Deshalb ist die Indentität des entschiedenen Rechtsstreits mit den spätern Streitigkeiten von so großer Wichtigkeit, und daher sind hier die Grundsätze, welche oben (§. 103, IV., S. 524) bei Gelegenheit der Mutationen darüber vorgetragen worden sind, richtig anzuwenden. Dabei ist dann namentlich an die Verschiedenheit zwischen dem Römischen und Deutschen Rechte, hinsichtlich des Umfanges der Rechtskraft bei Realklagen, bei welchen ein mittlerer Klaggrund speciell angegeben ist, zu erinnern. Denn während das Römische Recht [15]) das ganze dingliche Recht als Object des Rechtsstreits ansah, so daß es, wenn es einmal aberkannt wurde, nachher nicht wieder verfolgt werden konnte, sollte gleich nunmehr ein anderer Erwerbsgrund behauptet sein, hat das Kanonische Recht [16]) diesen Satz auf den Fall beschränkt, wenn in einer solchen Klage kein Erwerbsgrund genannt ist. Ist aber in einer dinglichen Klage ein

---

13) L. 74, 155, D. de reg. jur. (50, 17).

14) L. 5, 7, §. 4, D. de except. rei jud. (44, 2). L. 18 D. communi divid. (10, 3). Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judicis potestas non potest. Keller, a. a. O., §. 32—36, S. 241 fg. v. Savigny, a. a. O., §. 296—300, S. 417 fg. Bayer, a. a. O., S. 450 fg. Seuffert, a. a. O., V, 237.

15) L. 7, 11, §. 1, 4, 5; L. 12—14 (44, 2). D. de except. rei jud. Vergl. oben §. 88; Comp., §. 144, Note d. Vergl. v. Savigny, a. a. O., §. 300

16) Cap. 3 de sent. et re judic. in VI[to] (2, 14).

specieller Erwerbsgrund ausdrücklich genannt worden, dann kann dasselbe Recht nöthigenfalls aus einem andern Grunde in einem neuen Proceß abermals erfolgt werden. Heutzutage sollte jedoch eine generelle Abfassung dinglicher Klagen ohne Angabe des speciellen Erwerbsgrundes überhaupt nicht zugelassen werden; wodurch es sich dann zugleich unzweifelhaft ergeben würde, daß dieselbe dingliche Klage aus andern Rechtsgründen des Erwerbes von neuem angestellt werden kann, wenn sie auch vorher in Rücksicht auf das specielle Fundament, aus welchem sie erhoben wurde, rechtskräftig verworfen worden war. — Ferner ist nicht zu übersehen, daß auch in Ansehung der Personen [18]), welche an die Rechtskraft gebunden sind, eine zum Theil ungewöhnliche Ausdehnung der Wirkungen derselben stattfindet. Denn dieselbe erstreckt sich nicht blos auf die streitenden Parteien und deren Erben, sondern in vielen Fällen auch auf die Singularsuccessoren [19]) derselben, wenn diese das streitige und nun entschiedene Recht selbst, oder dessen Ausfluß, erst später von einer der Parteien erworben haben, nachdem der Proceß darüber von dieser Partei bereits angefangen war. Es soll sogar unter gewissen Verhältnissen die Rechtskraft gegen solche dritte Per-

---

17) Jüngster Reichsabschied, §. 34, 37, 41. Seuffert, a. a. O., I, Nr. 123.

18) Vergl. Keller, a. a. O., §. 39—48, S. 304 fg. v. Savigny, a.a.O., §. 301, S. 466. Bayer, a.a.O., S. 453 fg. v. Vangerow, Leitfaden, I, 208.

19) L. 9, §. 2; L. 11, §. 3; L. 28 D. de exc. rei jud. (44, 2); L. 28, §. 8, D. famil. herisc. (10, 2). Seuffert, VI, 67. Dem Pfandgläubiger schadet die Rechtskraft der gegen den Pfandschuldner in einem Processe über das Eigenthum und sonstige Qualitäten des Pfandes gefällte Entscheidung, wenn diese entweder vor der Verpfändung erfolgte: L. 11, §. 10, D. de exc. rei jud.; L. 3, §. 1, D. de pignor. (20, 1); Seuffert, a. a. O, VI, 270; oder wenn der Pfandgläubiger um den Rechtsstreit wußte: L. 29, § 1, D. de exc. rei jud.; dagegen schadet die Rechtskraft einer gegen den Pfandgläubiger gefällten Entscheidung nicht dem Pfandschuldner: L. 15, §. 4, D. de re judic. (42, 2). Anderer Meinung ist Pufendorf, Obs. 3, obs. 64. Den Legataren steht entgegen die im Proceß der Intestat- und Testamentserben gegen die letztern gefällte Entscheidung. L. 3 pr. D. de pignor.; L. 14 D. de appellat. (49, 1); L. 50, §. 1, D. de legatis I (30); L. 8, §. 16; L. 17, §. 1; L. 6, §. 1; L. 29 de inoff. test. (5, 2). Nov. 112, cap. 1. Keller, a. a. O., §. 46, S. 382 fg. Ueber die Bedeutung der res. judic. für das Gewohnheitsrecht: L. 34 D. de legib. (1, 3).

sonen eintreten, welche Kenntniß von dem geführten Processe und insbesondere von dem darin erfolgten, rechtskräftig gewordenen Urtheile hatten, zu dem Gegenstand des Rechtsstreits aber in einem solchen Verhältnisse standen, daß eigentlich mit ihnen selbst darüber hätte processirt werden müssen, weil die Vertheidigung dieses Gegenstandes jenen Dritten an erster Stelle oblag. Denn hat dennoch eine solche dritte Person zugegeben, daß irgend ein anderer Interessent, welcher dabei nur an zweiter Stelle betheiligt war, den Rechtsstreit darüber führte, so steht die Rechtskraft der Entscheidung auch dieser dritten Person entgegen, obgleich sie bei dem Rechtsstreite selbst nicht thätig war[20]). Ja es gibt sogar einige wenige Fälle, wo die Rechtskraft einer zwischen andern Parteien gefällten Entscheidung, ohne Rücksicht auf das Wissen von deren Existenz, völlig Dritten präjudiciren soll. Es gehören hierher namentlich diejenigen Fälle, wenn über den Personalzustand, z. B. Verwandtschaftsverhältnisse, mit dem bestellten Contradictor ein Proceß geführt worden ist; denn die Entscheidung dieses präjudicirt dann der ganzen Familie[21]).

§. 114—116.

4) Aufsätze der Gerichte, welche sich allein auf andere Gerichte beziehen.

a) Requisitionsschreiben, b) Rescripte, c) Berichte.

I. Die gerichtliche Verhandlung eines bürgerlichen Rechtsstreits veranlaßt häufig eine Geschäftsverbindung des eigentlich zuständigen Richters mit andern entweder gleich- oder höherstehenden Gerichten. Im erstern Falle geschieht dies durch Requisitionsschreiben, im letztern durch Berichte. Es tritt dieser Fall stets dann ein, wenn der Richter etwas außerhalb des Bereichs seiner

---

20) L. 63 D. de re jud. (42, 1). Cap. 25 X. de sent. (2, 27).

21) L. 25 D. de stat. hom. (1, 5). Vergl. aber L. 3 D. de collus. deleg. (40, 16). L. 1 i. f. 2, 3, pr. D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3). D. Kind, Var. observ. syll. II, obs. 3. Keller, a. a. O., §. 47, S. 392 fg. In Bezug auf Alimentenansprüche Seuffert, a. a. O., III, Nr. 288.

Zuständigkeit besorgt haben will, was zur Führung des anhängigen Rechtsstreits erforderlich ist. Der im einzelnen Falle zuständige Richter, nicht aber die Partei selbst, oder eine andere Privatperson, erlassen dann dergleichen Berichte an die ihm vorgesetzte Oberbehörde, oder Requisitionsschreiben [1]) an das andere gleichstehende inländische oder auswärtige Gericht. Diese Zuschriften, welche in Briefform abgefaßt zu werden pflegen, enthalten wenigstens eine Andeutung, und in zweifelhaften Fällen eine Begründung der Competenz des requirirenden Richters, eine genaue Bezeichnung dessen, was begehrt wird, das Anerbieten gleicher Rechtshülfe in ähnlichen Fällen, sowie der Kostenerstattung, endlich aber die Ersuchungsformel „zur Hülfe Rechtens". — Jede Requisition setzt aber die Rechtmäßigkeit des Begehrens, also voraus, daß der requirirende Richter berechtigt sei, im fremden Territorium etwas zu begehren, mithin keinen Eingriff in die Gerichtsbarkeit des andern Richters unternehme. Ist dies Alles vorhanden, so muß der requirirte Richter auf das gehörig abgefaßte Requisitionsschreiben hin, soweit die Gesetze, denen er unterworfen ist, es gestatten, die Bitte erfüllen.

II. Die Correspondenz zwischen solchen Gerichten, welche einander vorgesetzt, bezüglich untergeordnet sind, veranlaßt von Seiten der vorgesetzten Behörde Rescripte, deren Formen in den einzelnen Ländern und bei den verschiedenen Gerichten sehr abweichend sind, bei manchen auch im Namen des Landesfürsten erlassen werden, dagegen von Seiten des subordinirten Gerichts nur Berichte [2]) an die vorgesetzte Stelle. Das über Form und Inhalt der Rescripte und Berichte Wesentliche ist in den §. 115 und 116 des Comp. angegeben.

---

1) Ein Beispiel in Bergmann, Einleitung in die Praxis, Aufl. 2, S. 80.

2) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, 1, §. 102 fg. Ein Beispiel eines ohne Erfordern in Rechtssachen erstatteten Berichts: Bergmann, a. a. O., S. 194.

§. 117.

β) Eigenthümliche Geschäfte der Justizcollegien.

I. Die collegialische Behandlung[1]) bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten ist weniger passend da, wo es nur auf reine Proceßleitung ankommt, als da, wo es sich um Abfassung von Entscheidungen handelt. Daher wird bei Collegien die Proceßleitung häufig einzelnen Mitgliedern derselben überlassen, welche insofern den Namen der Decernenten führen, und über die einzelnen proceßleitenden Decrete dem Collegium nicht einmal Vortrag zu erstatten haben. Dagegen muß jede Entscheidung, betreffe sie die Hauptsache oder einen Incidentpunkt, vom Collegium selbst beschlossen werden. Von Rechtswegen kann dies nur in Collegialsitzungen nach mündlichen Vorträgen[2]) (Relationen) durch mündlichen Beschluß geschehen, weil über die Beschlußfassung ein gehöriges Protokoll[3]) aufzunehmen und das schriftliche Abstimmen über schriftliche Relationen, welche bei den Mitgliedern circuliren, dem Zwecke der Collegialverfassung zuwider ist. Bei jedem Justizcollegium müssen daher regelmäßige Sitzungen bestimmt und dafür gewisse Tage für immer festgesetzt sein, so daß es hierzu einer besondern Einladung der Mitglieder nicht bedarf; wogegen, wenn das Directorium sich veranlaßt findet für einzelne Fälle eine außerordentliche Sitzung anzusetzen, hierzu sämmtliche Mitglieder eingeladen werden müssen. In den Sitzungen aber ist die Gegenwart aller Mitglieder des Collegiums zum Rechtsbestande eines Beschlusses nach gemeinem Rechte nicht erforderlich, wenn auch ein einzelnes Mitglied ohne genügende Gründe nicht zurückbleiben sollte. Das Gegentheil hiervon läßt sich aber auch nicht aus den Bestimmungen der L. 39 D. de re jud.[4]) folgern, da

---

1) Sartorius, Rechtspflege durch Collegialgerichte.

2) Ueber die Art der Einrichtung solcher vergl. außer den im Comp., Note b, Genannten: Asverus, Anleitung über Rechtssachen zu referiren, 1839. Bergmann, Anleitung zum Referiren, 1840.

3) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 28, §. 5. Kammergerichtsvisitationsabschied von 1713, Tit. 27, 28, 32, 34.

4) L. 37, 39, D. de re judic. (42, 1). Duo ex tribus judicibus, uno absente judicare non possunt, quippe *omnes* judicare jussi sunt.

diese Stelle, in welcher allerdings die Anwesenheit aller Richter erfordert zu werden scheint, nicht von Justizcollegien, sondern von den judicibus pedaneis redet, von welchen ein Schluß auf Collegialgerichte nicht gezogen werden kann. Ebenso wenig kann man verlangen, daß diejenige Zahl von Mitgliedern versammelt sei, welche ehemals bei dem Reichskammergerichte[5]) zur Gültigkeit eines Beschlusses nöthig war, weil diese Bestimmung zu den Eigenthümlichkeiten dieses Gerichts, welches eine große Anzahl Richter hatte, gehört. Wo daher nicht Landesgesetze die Zahl der gegenwärtigen Collegialmitglieder bestimmen, wird nach gemeinem Rechte[6]) ebenso wie bei allen Collegialverhandlungen die Gegenwart von zwei Drittheilen der Mitglieder, welche das Collegium bilden, verlangt.

II. Ist nun das Collegium auf diese Weise gültig versammelt, so muß zuerst der Referent seinen Vortrag über die zu entscheidende Sache halten und mit seinem Votum abschließen; ihm folgt der Correferent, wenn ein solcher ernannt ist, mit seinem Votum und dessen Gründen, und dann votiren die übrigen Mitglieder nach der im Collegium hergebrachten Reihenfolge. Ueber das Alles aber wird vom Gerichtsschreiber ein Protokoll aufgenommen. Sind alle Stimmen abgegeben, so zieht das Präsidium das Resultat der Abstimmung nach absoluter[7]) Stimmenmehrheit zusammen und erhebt diejenige Meinung, welche hiernach von mehr als der Hälfte der Anwesenden gebilligt ist, zum Beschlusse des Collegiums. Sollte aber für zwei Meinungen eine gleiche Stimmenzahl sich erklären (sogenannte vota paria), dann soll nach den Gesetzen[8]) in allen den Fällen, wo es nur auf die

---

Sed si adsit et contra sentiat, statur duorum sententiae; quid enim minus verum est, omnes judicasse? Man muß diese Vorschrift aber jedenfalls auf Collegien anwenden, welche nur aus drei Mitgliedern bestehen. Cap. 16, 22, X. de off. et potest. jud. deleg. (1, 29).

5) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 47.

6) L. 46 C. de decurion. (10, 31). L. 3 D. de decret. ab ordin. (50, 9).

7) L. 36, 39, D. de re jud. (42, 1). L. 19 D. ad municip. (50, 1). L. 5 C. de legatiou. (10, 63).

8) L. 28, 38, D. de re judic. L. 10 pr. D. de inoff. test. (5, 2). Cap. 26 X. de sentent. et re jud. (2, 27).

Quantität der Verurtheilung ankommt, die Meinung Derjenigen den Vorzug haben, welche für die geringe Summe stimmten; dagegen soll, sobald es nicht blos auf Summen ankommt, in allen Fällen, wo über einen Brautschatz oder über Eigenthumsfreiheit oder über Erhaltung bezüglich Auflösung einer Ehe oder über Gültigkeit eines Testaments zu erkennen ist, der favor causae entscheiden, d. h. diejenige Meinung unter den gleichen den Vorzug erhalten, welche einem solchen Streitgegenstande die günstigste ist. Bei allen andern Streitgegenständen geht dagegen diejenige Meinung in diesen Fällen vor, welche dem Beklagten insofern die vortheilhafteste ist, als derselbe in der zu beurtheilenden Situation des Processes nicht die Rolle des Angreifenden zu führen hatte, weil er z. B. Appellat war, denn wo dies nicht der Fall ist, genießt der Kläger gleichen Vorzug. Nur pflegt man wol zu behaupten, daß der Fiscus in solchen Streitfällen im Zweifel unterliegen müsse, und es scheinen allerdings dafür einige Gesetze[9]) zu sprechen. Häufig ist durch Landesgesetze für solche Fälle dem Präsidium eine entscheidende Stimme gegeben, so daß dessen Abstimmung im Nothfall doppelt gezählt wird. — Oefters endlich theilt sich das Urtheil des Collegiums beim Votiren in mehr als zwei Meinungen, in welchem Falle dann nur von einer relativen Stimmenmehrheit die Rede ist, weil für eine dieser Meinungen sich eine größere Anzahl von Mitgliedern erklärt hat, als für jede einzelne andere, gleichwol aber keine dieser Meinungen mehr als die Hälfte der gegenwärtigen Votanten für sich hat. Eine solche relative Majorität genügt aber nicht[10]), um einen Beschluß zu fassen, weil sie nicht die der Mehrzahl der Versammelten ist und die abweichenden Stimmen, wenngleich unter einander uneins, doch im Ganzen jener Mehrzahl entgegenstehen. Deshalb muß in solchen Fällen, vorausgesetzt, daß dem Vorsitzenden ein Decisivvotum nicht ertheilt ist, eine neue Versammlung des Collegiums unter Zuziehung derjenigen Mitglieder veranstaltet werden, welche der frühern Sitzung nicht beigewohnt haben und dann in neuer Sitzung der Rechtsfall abermals vorgetragen und von Allen

9) L. 10 D. de jure fisci (49, 14).

10) Arg. Cap. 48 X. de elect. (1, 6). Vergl. auch Cap. 1 i. f. de arbitr. in VI^{to} (1, 22).

wiederum darüber votirt werden. Sollte auch dies Verfahren zu keiner Entscheidung führen, dann müssen die Acten von Amtswegen an ein auswärtiges Collegium versendet werden, damit dieses statt des so uneinigen Gerichts das Urtheil fälle. — Diese Grundsätze dürfen übrigens auf solche Justizcommissionen, welche aus einer Mehrzahl von Personen bestehen, nicht angewendet [11]) werden, weil diese dadurch noch nicht zu einem Collegium erhoben sind, vielmehr müssen, wenn bei den mehren Commissarien eine absolute Stimmenmehrheit nicht vorhanden ist, die Acten mittels Berichts an das committirende Obergericht eingeschickt werden, welches dann die zweifelhafte Entscheidung abzufassen hat.

§. 118.

III) Gemeinschaftliche α) Ortsbestimmungen.

Für alle Proceßhandlungen des Gerichts wie der Parteien, welche wirklich geschehen oder aber unterlassen werden, haben Ort [1]) und Zeit des Handelns erheblichen Einfluß auf deren Zulässigkeit und Gültigkeit. — Der Richter kann daher gültig nur in seinem Gerichtsbezirke [2]), der deutsche Richter also nur in diesem in Deutschland [3]), der Gerichtshalter, der Verwalter eines Patrimonialgerichts, nur in dem Gerichtsbezirke selbst, nicht etwa an seinem dort nicht belegenen sonstigen Wohnorte, gerichtliche Handlungen vornehmen. — An einer bestimmten Stelle [4]), in einem bestimmten Hause alle richterlichen Handlungen vorzunehmen, ist der Richter nicht verbunden, nur sind die Parteien befugt anzunehmen, daß, wenn zu einer gerichtlichen Handlung ein besonderer Ort vom Richter nicht bezeichnet ist, die gerichtlichen Hand-

11) Cap. 16, 22, X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29).

1) Bei den Römern jus, judicium L. 11 i. f. D. de justit. et jure (1, 1). L. 2, §. 6; L. 79 D. de judic. (5, 1). Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 6. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 18, S. 214 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, 324. Derselbe, Handbuch des nichtstreitigen Verfahrens, I, §. 18.

2) L. ult. D de jurisdict. (2, 1). Clem. 2, de sent. et re jud. (2, 11).

3) Wahlcapitulation, Art. 16, §. 2.

4) L. 4, §. 1, D. de interrog. (11, 1). Vergl. auch L. 6 C. de sentent. et interl. (7, 45).

lungen da vorgenommen werden sollen, wo dies regelmäßig[5]) zu geschehen pflegt, also an gewöhnlicher Gerichtsstelle. Dies gilt namentlich von den Ladungen eines ordentlichen Richters, in welchen die Bestimmung des Orts der Verhandlung fehlt. Nur die von einem Commissar ausgegangene Ladung, in welcher die Bezeichnung des Orts der Verhandlung fehlt, ist fehlerhaft, bei allen andern Decreten schadet dieser Mangel nichts, und selbst dann, wenn die Handlungen eines Commissars an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschehen sollen, ist dies ausdrücklich anzugeben. — Beschlüsse fassen kann dagegen jeder Einzelrichter auch in seiner Privatwohnung, Collegien aber nur da, wo die Sitzungen derselben regelmäßig stattfinden. — Die Handlungen der Parteien sind daher auch nur dann an einen bestimmten Ort gebunden, wenn Observanz oder specielle Ladung sie dazu verbindlich macht, sonst nicht, z. B. wenn die Einreichung schriftlicher Anträge observanzmäßig oder durch Landesgesetze nur in den Gerichtssitzungen gestattet ist. — Ist ein Ort zu gerichtlichen Handlungen einmal bestimmt, so muß die Veränderung desselben den Parteien rechtzeitig notificirt werden[6]). Uebrigens muß der Ort, wo gerichtliche Verhandlungen in Rechtssachen stattfinden sollen, sicher, ehrbar und würdig sein.

§. 119.

β) Zeitbestimmung.

I. Zu den wesentlichen und unentbehrlichen Bestimmungen für die Behandlung eines Civilrechtsstreits gehören auch die Vorschriften über die Zeit[1]), in welcher Handlungen des Gerichts und der Parteien vorgenommen werden dürfen und wol gar müssen. Denn ohne dergleichen Bestimmungen läßt sich von einer

---

5) L. 59 D. de judic. (5, 1).

6) L. 5 C. quomodo et quando (7, 43).

1) Ueber die römischrechtlichen Bestimmungen, v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, Bd. 1, §. 19, S. 219. Puchta, Institut., II, 69 fg. Albrecht, Eventualprincip, S. 7 fg. Sonst außer den im Comp., Note* Genannten: Brackenhoeft, Erörter., S. 497 fg.; Bayer, Vorträge (Aufl. 8), §. 145—154, S. 461 fg.

gehörigen Ordnung in der Leitung und Entscheidung des Processes nicht reden, ebenso wenig aber eine zweckmäßige Schnelligkeit[2]) der Rechtspflege erreichen. Es fehlen daher die hierauf bezüglichen Bestimmungen wol in keiner Proceßordnung. Die allgemein gültigen Vorschriften in Hinsicht der Zeit der Proceßhandlungen bestehen aber nach gemeinem Rechte in folgenden Hauptsätzen: A) gewisse Zeiten sind der processualischen Thätigkeit ganz entzogen. Es sind dies die sogenannten dies nefasti[3]) dergestalt, daß nur bei außerordentlichen Ereignissen oder unter besondern Voraussetzungen an diesen Tagen gerichtliche Handlungen vorgenommen werden dürfen. Man nennt diese Zeiten im Allgemeinen wol auch Gerichtsferien, muß dann aber dabei die feriae divinae, die dem Gottesdienst geweihten Zeiten, und die feriae humanae unterscheiden, weil an jenen, nicht einmal mit Zustimmung aller Interessenten, ein gültiges Gerichtsverfahren stattfindet, da aus Gründen des öffentlichen Wohles verbietende Gesetze[4]) dem entgegenstehen und nur, wenn Gefahr im Verzuge vorhanden ist, davon eine Ausnahme gemacht werden kann. Bei den feriis humanis dagegen ist die Uebereinstimmung des Gerichts und der Parteien hinreichend[5]), um auch während derselben Gerichtsverhandlungen vornehmen zu können. Bei allen solchen Gerichtsgeschäften aber, welche nothwendig in einer Gerichtssitzung vorgenommen werden müssen, ist natürlich schon der bloße Ablauf der Sitzungszeit ein Hinderniß, um dergleichen Geschäfte vorzunehmen, bei Eidesleistungen aber wird insbesondere gewöhnlich angenommen; daß sie nur an Vormittagen stattfinden dürfen, folglich mit dem Ablauf von 12 Uhr Mittags unzulässig geworden sind. — Auf die Zeitbestimmung

---

2) Die Vorschrift des Römischen Rechts, wonach jeder Proceß, mit Ausnahme fiscalischer Rechtssachen, in drei Jahren beendigt sein sollte. L. 13, §. 1, C. de judic. (3, 1). Keller, Ueber Litiscontestation, S. 133 fg.; ist nicht mehr im Gebrauche. Cap. 20 X. de judic. (2, 1).

3) Gajus, Inst., IV, §. 29.

4) L. 2, 8, 11, C. de feriis (3, 12). Die Einwilligung aller Interessenten genügt nicht. L. 7 C. eod. Cap. 5 X. de feriis (2, 9). Ebenso sind dergleichen Tage geduldeter Religionsgesellschaften zu beachten. L. 2 C. de Judaeis (1, 9).

5) L. 1 D. de feriis (2, 12). L. 7 C. eodem (3, 12). Cap. 5 i. f. X. cit.

bei gerichtlichen Handlungen bezieht sich endlich noch der Ausdruck: Diät, welcher in manchen Proceßordnungen solcher Gerichte gebraucht wird, welche nicht permanent versammelt sind, sondern nur an gewissen Tagen im Jahr zusammentreten und dann eine Zeitlang versammelt bleiben. Denn bei solchen Gerichten bezeichnet dieser Ausdruck den ganzen Zeitraum, während dessen das Gericht versammelt bleibt, sollte es auch nicht gerade Sitzung halten. Selbstverständlich können bei solchen Gerichten Gerichtsgeschäfte nur während der Diät vorgenommen werden.

II. So oft dagegen dergleichen Beschränkungen in Rücksicht auf die Zeit der Gerichtsgeschäfte nicht vorhanden, mithin dies fasti sind, muß man B) in Ansehung der Verschiedenheit der zu besorgenden Geschäfte die Termine, oder Tagefahrten, von den Zeiträumen, oder Fristen, unterscheiden. Denn wenn auch im weitern Sinne alle Zeitbestimmungen wol Termine oder auch Fristen genannt werden, obgleich die letztern eigentlich nur für die Bezeichnung der Verlängerung einer schon festgesetzten Zeit gebräuchlich sind (Comp., §. 308), so ist doch die Bezeichnung: Termin im eigentlichen Sinne nur bei allen den Geschäften anzuwenden, welche bei versammeltem Gerichte oder wenigstens solange, als die Subalternen sich noch im Gerichtslocale befinden, vorgenommen werden können. Es werden daher mit Termin im eigentlichen Sinne namentlich bestimmte Tage bezeichnet, wo mündliches Verfahren vor Gericht eingeleitet wird, wenn auch hierfür der Ausdruck Tagefahrt noch deutlicher ist. Eine solche Zeitbestimmung nimmt ihren Anfang mit dem Beginne der Gerichtssitzung, welcher namentlich in Citationen häufig nach der Stunde und auf diese Weise besser bezeichnet wird, als durch die früher hergebrachte Formel: „zu rechter früher Tageszeit". Das Ende eines solchen Termins wird in Sachsen häufig bis 4—5 Uhr Nachmittags ausgedehnt, weil das Kanonische Recht[6] an einer Stelle bis zum Einbruch der Nacht die Beobachtung des Termins zuläßt. Nach gemeinem Rechte ist dagegen eine allgemeine Regel zwar nicht vorgeschrieben, man muß jedoch annehmen, daß das Ende des Termins mit dem Ablaufe der Sitzungszeit, welche bei den einzelnen Gerichten die gewöhnliche ist, eintritt. — Die Zeiträume

6) Cap. 24 X. de offic. et pot. jud. deleg. (1, 29).

(Fristen) dagegen, welche mehre Tage, Wochen und Monate umfassen, werden zu solchen Geschäften gebraucht, die entweder nur in schriftlichen Vorträgen bestehen oder wol gar außergerichtlich besorgt werden können, bei denen es daher nur darauf ankommt, den äußersten Zeitpunkt der Zulässigkeit zu bestimmen. Hat nun das Gesetz solche Zeiträume bestimmt, so heißen diese, im Gegensatze der richterlich bestimmten, Ordnungsfristen (terminus ordinis). In dieser Rücksicht ist besonders die sächsische Frist bekannt, welche 45 Tage umfaßt und in der sächsischen Proceßordnung so bezeichnet wird. Die Berechnung solcher Zeiträume ist nach gemeinem Rechte [7]) die natürliche, so daß der Monat zu 30 Tagen und zwei Monate zu 61 Tagen berechnet werden.

III. In Ansehung dieser beiden Arten der Zeitbestimmung ist ein großer Streit C) hinsichtlich der juristischen Folgen, welche bei einer Versäumung derselben eintreten. Zuvörderst muß man in dieser Beziehung die dilatorischen und die peremtorischen Zeitbestimmungen von einander unterscheiden [8]); denn die erstern ziehen im Falle der Versäumung nur die Verbindlichkeit zum Kostenersatze nach sich, nicht aber den Verlust des Rechts diejenige Handlung vorzunehmen, für welche die Zeit vorgeschrieben war, indem vielmehr eine neue Zeitbestimmung zu gleichem Zwecke erfolgen muß. Die peremtorischen Termine hingegen, welche auch wol fatalia im weitern Sinne genannt werden, haben im Falle der Versäumung den Verlust jenes Rechts sogleich zur Folge, ohne daß erst die Aufforderung zur Folgeleistung wiederholt wird. — In Ansehung der Frage aber, wann eine Frist dilatorisch und wann sie peremtorisch sei, muß man die verschiedenen Zeitbestimmungen in Ansehung ihres Ursprungs unterscheiden, ob sie nämlich 1) durch die Gesetze selbst oder 2) nur durch richterliche Verfügung oder endlich 3) durch Verabredung der Parteien (conventionell) festgesetzt sind, weil diese drei Arten

---

7) L. 101 D. de reg. jur. (50, 17). Reichskammergerichtsordnung, Th. 2, Tit. 30, §. 4. Ueberhaupt Bayer, a. a. O., §. 147, S. 473 fg.

8) L. 68—71, D. de judic. (5, 1). L. 53, §. 1, D. de re judic. (42, 1). L. 8, 9, C. quomodo et quando (7, 43). Vergl. auch Bayer, a. a. O., S. 484 fg.

wesentliche rechtliche Differenzen haben. — Es sind nämlich (zu 1) die in den Gesetzen[9]) enthaltenen Zeitbestimmungen, welche keine Tagefahrten sind, sondern nur gewöhnliche Zeiträume, jedenfalls peremtorisch, und werden deshalb fatalia juris, oder fatalia im engern Sinne, genannt. Nur die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung[10]), daß solche Fristen auch dilatorisch sein sollen, könnte hiervon für einzelne derselben eine Ausnahme machen. Im Allgemeinen betrachtet man dergleichen gesetzliche Bestimmungen als eine Art Extinctiverjährung und berechnet sie von Moment zu Moment[11]). Ist nun eine solche gesetzliche Frist versäumt, dann treten die Nachtheile derselben von selbst ein, so daß es weder einer Beschuldigung des Ungehorsams Seiten der Gegenpartei, noch eines richterlichen Präclusivdecrets bedarf, um einen solchen Verlust herbeizuführen. Das gemeine Recht[12]) enthält aber dergleichen Fatalien fast nur bei solchen Proceßschritten, zu welchen eine Partei zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet war, z. B. zum Gebrauch eines Rechtsmittels; also in solchen Fällen, wo der gewöhnliche Gang des Processes durch solche Proceßschritte, wenn sie vorkämen, hätte gehindert werden können, ohne daß dieselben als erforderlich zu betrachten wären. Das Gesetz hat daher nur darüber Sicherheit verschaffen wollen, ob im einzelnen Falle die berechtigte Partei sich ihrer Befugniß bedienen wolle oder nicht, weil der übrige Proceßgang im Voraus so regulirt ist, wie er in Ermangelung eines solchen Hindernisses eintreten würde, so daß es, wenn jene Hindernisse nicht eintreten, zur Fortsetzung der Sache eines neuen zugleich präclusiven Decrets überall nicht bedarf. — Endlich ist von einer Abänderung solcher gesetzlicher Fristen durch das Gericht oder die Partei, soweit nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften entgegenstehen[13]), noch die

9) Beispiele in Nov. 23, cap. 1. Nov. 49, praef., §. 1. L. 10 C. de bon. auctor. judic. (7, 72). L. 46, §. 4, D. de jure fisci (49, 14).

10) Nov. 112, cap. 3. Cap. 5 X. de appell. (2, 28). Comp., Note c.

11) Nov. 23, cap. 1. L. 6 D. de obl. et act. (44, 1), Cap. 8, de appell. in VI^{to} (2, 15).

12) Vergl. Nov. 23, cap. 1, und die Note 9 citirten Stellen. Eine Ausnahme bildet der Termin zum Beweise der Einrede des Spoliums. Cap. 1, de restitut. spol. in VI^{to} (2, 5).

13) Wie dies rücksichtlich der zehntägigen Frist zur Anmeldung der

Einschränkung zu bemerken, daß zwar Abkürzungen derselben durch einen Vertrag der Parteien kaum ein Bedenken haben würden[14]), weil hierdurch die gesetzliche Absicht, den Proceß zu beschleunigen, nur noch mehr befördert würde und außer den Parteien Niemand ein Widerspruchsrecht dagegen hätte. Den Gerichten dagegen ist es ebenso wenig erlaubt, die gesetzlichen Fatalien ohne Zustimmung der Parteien zu beengen, als ihnen dies hinsichtlich der Extinctivverjährung gestattet ist. Eine Verlängerung oder Erweiterung der Fatalien ist aber dem Gerichte auch auf einseitigen Antrag derjenigen Partei erlaubt, welche das fatale zu beobachten hat, vorausgesetzt, daß dieses Gesuch vor Ablauf des fatale angebracht wird und von einem Proceßschritte die Frage ist, welcher mehr Schwierigkeiten hat, als ein bloßes Fristgesuch. In jedem Fall müssen aber auch die Bedingungen eintreten, ohne welche keine Frist verlängert werden soll (§. 308). Bloße Verabredungen der Parteien[15]) zum Zwecke solcher Verlängerungen, welche man in Sachsen Compromisse nennt, sollen nach Kanonischem und Deutschem Rechte[16]) nur dann genügend sein, wenn dazu die Einwilligung des Gerichts nachgesucht und ertheilt worden ist. Das Letztere soll jedoch nur dann geschehen, wenn sich das Gericht aus den Nebenumständen des einzelnen Falles überzeugt, daß die Verlängerung nicht in der Absicht die Sache zu verzögern, gesucht worden ist.

IV. Ganz anders ist (zu 2) von den richterlich bestimmten Zeiträumen zu urtheilen, welche für jeden einzelnen Rechtsstreit nach dessen besondern Umständen durch Decrete regulirt werden und ebensowol dies fixi (Termine), als Zeiträume (Fristen) sein können. Denn gleich die erste Frage, ob die richterlichen Zeit-

---

Appellation der Fall ist. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 2.

14) L. 13, §. 1, C. de judiciis (3, 1).

15) Nach älterm Römischen Rechte scheint die Prorogation der Fatalien den Parteien auch ohne richterlichen Consens gestattet gewesen zu sein. L. 5, §. 6, C. de temporib. (7, 63); dies aber durch die neuere Vorschrift in L. 13, §. 1, C. de judic. (3, 1) aufgehoben zu sein. Vergl. auch v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 229.

16) Cap. 28 i. f. X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29). Clem. 4, de appell. (2, 12). Reichsabschied von 1594, §. 52.

bestimmungen dilatorische oder peremtorische seien, ist durch keinen allgemeinen Grundsatz zu beantworten, sondern hängt theils von der Art der Abfassung des Decrets ab, worin die Frist gesetzt wurde, theils von der Anzahl der für denselben Zweck vom Gericht anberaumten Termine. Es ist nämlich nach einer ausgemachten Praxis, wenn in **monitorisch** abgefaßten Verordnungen ein bestimmter Termin gesetzt wird, dies ein Kennzeichen, daß dergleichen Verfügungen, auch wenn sie nur **einmal** ergehen, als **peremtorische** zu betrachten seien. Darum darf auch diese Abfassungsart solcher Decrete bei keinem andern Proceßschritte[17]) angewendet werden, als bei solchen, wobei diejenige Partei, welcher die Zeit bestimmt wird, bloße Zuschauerin der vorzunehmenden Handlung ist, sei es eine Handlung des Gegners oder des Gerichts, jenes z. B. bei der Production der Zeugen, dieses bei deren Vereidung, oder bei solchen Proceßschritten, wo die monitorisch geladene Partei zwar ihrer eigenen Thätigkeit zu ihrer Vertheidigung sich bedienen kann, dazu aber nicht verpflichtet ist, und wol gar durch das Gericht von Amtswegen vertreten wird, wenn sie mit ihrer Handlung zurückbleibt, z. B. in Ansehung der speciellen Fragstücke. Auf andere Proceßschritte dürfen wegen der Wichtigkeit der Folgen monitorische Verfügungen nicht angewendet werden. — Sobald aber von einem **arctatorischen** Decrete die Rede ist, was auch in dieser Form abgefaßt werden muß, so soll nach Vorschrift des Römischen Rechts[18]), die sich in vielen ältern Proceßordnungen wiederholt findet, jede erste und zweite richterliche Aufforderung zu derselben Proceßhandlung nur als dilatorische, und erst die dritte, welche in derselben Richtung erfolgt, als peremtorische anzusehen sein. Jedoch ist es dem Gericht erlaubt, eine statt dreier solcher Fristen zusammenzufassen und durch ein ausdrückliches Decret diese für peremtorisch zu erklären.

V. Es unterscheiden sich aber ferner richterliche von den ge-

---

17) Arg. Nov. 90, cap. 9. Cap. 2 X. de testib. (2, 20).

18) L. 55, 68—72, D. de judiciis (5, 1). L. 53, §. 1, D. de re judic. (42, 1). Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, literis evocatus praesentiam sui facere contemnit. L. 8 C. quomodo et quando (7, 43).

setzlichen Zeitbestimmungen dadurch, daß für jene die Analogie der Extinctivverjährung gar nicht angewendet werden kann. Denn dem Richter, dem Diener des Gesetzes, ist nirgends die gleiche Befugniß, wie dem Gesetzgeber, eingeräumt, den streitenden Theilen einen Präclusivtermin mit dem Erfolge zu bestimmen, daß der bloße Zeitablauf einer Partei das Recht zu gewissen Proceßschritten völlig entziehen könnte. Die Macht des Civilrichters in Bezug auf die streitenden Theile ist nämlich nicht nur überhaupt bedingt durch den Zweck der Leitung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits — daher die Androhungen übertriebener Nachtheile, welche die Gesetze selbst nicht ausgesprochen haben, stets revocabel und nichtig sind (Comp., §. 121, Note d) —, sondern es kommt auch noch hinzu, daß die Drohungen der Gesetze in Folge der allgemeinen Bekanntmachung derselben den Parteien nicht unbekannt bleiben können, während die richterliche Drohung in dem einzelnen Decrete nur dann, wenn dies den Parteien gehörig notificirt ist, wirken kann. Es macht sich daher hierüber eine causae cognitio nöthig, ehe der gedrohte Rechtsnachtheil selbst eintreten kann, während eine solche bei der Extinctivverjährung ohne Weiteres wegfällt. Diese causae cognitio beschränkt sich aber darauf, ob alle Bedingungen eines Ungehorsams wirklich vorhanden sind. Nach dem Verhandlungsprincipe kann eine solche causae cognitio nur durch den Antrag des Gegners, welcher interessirt ist, daß der gedrohte Rechtsnachtheil eintrete, veranlaßt werden; es muß also in diesen Fällen eine Beschuldigung des Ungehorsams vorangehen, und das Resultat der richterlichen Prüfung durch ein Präclusivdecret ausgesprochen werden. Bis dahin, wo dies geschehen ist, wird die Nachholung des Versäumten gestattet. Auch kann die Frist, welche der Richter setzte, deshalb nicht vom Moment zu Moment berechnet werden, weil von der legalen Insinuation soviel abhängt, diese aber in Rücksicht der Zeit nicht so sicher erhellt, als der Lauf der Verjährung. Das Kanonische Recht[19]) befiehlt daher den ganzen Tag der Insinua-

19) Cap. 12 X. de appell. (2, 28). Arg. L. 1 D. si quis caut. (2, 11); ebenso wenig wird der ganze letzte Tag des richterlicher bestimmten Zeitraums ausgeschlossen, sondern zugegeben; cap. 24 X. de offic. ac potest. jud. deleg. (1, 29); und werden die Tage von Mitternacht zu Mitter-

tion dabei nicht mitzuberechnen. Hierzu kommt noch, daß alle Extinctivverjährung lediglich gewisse Handlungen ausschließt, ohne dafür etwas Anderes an die Stelle zu setzen oder zu fingiren, die richterliche Präclusion dagegen keineswegs in allen Fällen genügt, weil sie oft Handlungen betrifft, welche durchaus hätten vorgenommen werden müssen, wenn der Proceß seinen gehörigen Fortgang haben soll; daher neben der Präclusion nicht selten ein gewisses processualisches Betragen fingirt und an die Stelle des präcludirten gesetzt werden muß, z. B. eine fingirte Litiscontestation, eine fingirte Anerkennung einer Urkunde u. s. w. Hieraus erklärt es sich auch, warum in solchen Fällen, wo eine richterliche Frist durch ein Erkenntniß bestimmt worden ist, gegen welches Rechtsmittel zulässig wären, diese Frist stets mit dem Zusatze von zehn Tagen berechnet wird[20]). Denn die Wirkung der richterlichen Zeitbestimmung und der daran geknüpften Folgen hängt von der Rechtskraft des Decrets selbst ab, so daß diese erst eingetreten sein muß, ehe der Lauf der richterlichen Frist beginnen kann. — Was endlich die Abänderung[21]) der richterlichen Fristen, welche einmal gesetzt sind, betrifft, so kann diese darum kein Bedenken haben, weil blos proceßleitende Decrete keine wohlbegründeten Rechte für die Parteien gewähren, sondern aus genügenden Ursachen abgeändert werden können. Vertragsmäßige Erweiterungen solcher Fristen müssen deshalb hier ebenfalls zulässig sein, weil solange keine Beschuldigung des Ungehorsams von Seiten der dabei interessirten Partei erfolgt, der Richter bei diesen Fristen einen Nachtheil nicht aussprechen kann. Allein es ließe sich wol zweifeln, ob eine solche Vereinigung der Parteien, wenn sie vom Gericht nicht genehmigt worden ist, die Paciscenten unbedingt verpflichte und abhalten könne, vertragswidrig dennoch eine Ungehorsamsbeschuldigung anzubringen.

---

nacht gerechnet. Cap. 24, cit. und L. 8 D. de feriis (2, 12). Anderer Meinung sind Brackenhoeft, Erörterungen, S. 502; Schmid, Handbuch, I, 392. Dagegen aber Bayer, a. a. O., S. 475.

20) v. Gönner, Handbuch, Th. 2, Abh. 37, §. 32. Gensler, im Archiv für civil. Praxis, IV, S. 196, §. 8. Dagegen Gesterding, daselbst, V, 255. Brackenhoeft, a. a. O., S. 503.

21) Vergl. Bayer, a. a. O., §. 148, 149, S. 480—483; §. 150—153, S. 486 fg.

VI. Soviel (zu 3) die conventionellen[22]) Zeitbestimmungen im Civilprocesse betrifft, so müssen diese, die gültige Eingehung derselben vorausgesetzt, ganz nach der Lehre von den Verträgen beurtheilt werden. Sie sind daher immer peremtorisch, sobald nicht das Gegentheil namentlich ausgemacht ist; präcludiren ohne Ungehorsamsbeschuldigung und ohne Präclusivdecret ipso jure, weil in der Nichtbeachtung derselben ein Verzicht liegt[23]); gestatten also kein Nachholen des Versäumten, weil durch die Verabredung jeder Theil ein wohlerworbenes Recht erlangt hat und können endlich von dem Gerichte auf einseitigen Antrag nicht verlängert werden.

§. 120.

2) Rechtsgrundsätze vom Ungehorsam[1]):

a) Begriff und Grundprincip.

I. Die auch im Civilproceß nicht seltene Erfahrung, daß dasjenige, was nach den Gesetzen oder nach richterlicher Vorschrift geschehen sollte, bald gar nicht, bald nicht zur rechten Zeit, bald nicht auf gehörige Art, ja daß wol gar das Gegentheil davon unternommen wird, hat schon früh positive Gesetze für solche Fälle herbeigeführt. Man hat jedoch in den Gesetzen die Maßregeln, welche für die einzelnen Fälle vorgeschrieben sind, auf eine gemeinsame Grundlage nicht zurückgeführt, und selbst in Ansehung

22) Unpassend nennt man sie eine Verjährung. Unterholzner, Lehre von der Verjährung, Bd. 1 §. 1, S. 2.

23) Stryk, Opera, tom. I, diss. 1, cap. 3 i. f. Eine Restitution in den vorigen Stand gegen die Versäumniß einer solchen ist nicht wohl zulässig. Sande, Decis., lib. I, tit. 15, def. 5.

1) Außer den im Compendium genannten Schriftstellern: Martin, De indole contumaciae in caus. civ. content. (Göttingen 1802). Gönner, Handbuch, I, Abh. 7, §. 6, 7; Abh. 21. Brandis, Abhandl. aus dem Civilprocesse, I; über den Zeitpunkt, mit welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten. Sintenis, Erläuter. zu versch. Lehren des Civilprocesses, II, III, 294. Puchta, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, VIII, 207 fg., 305 fg. Sartorius, das. XVII, 1 fg. Brackenhoeft, Erörter., S. 508 fg. Schmid, Handbuch, Bd. 1, §. 91 fg., S. 299 fg. Bayer, Vorträge (Aufl. 8), §. 154—160, S. 494 fg.

der getroffenen Maßregeln sind sich die verschiedenen Gesetzgebungen nicht durchgehends gleichgeblieben. Daher ist bei der systematischen Darstellung der Civilproceßtheorie eine Verschiedenheit der Ansichten über jene Grundlage entstanden. Denn in der ältern Zeit und bis zum Schlusse der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts nahm man uneingeschränkt an, daß aller Ungehorsam im Civilprocesse eine Art Pflichtverletzung sei, welche Strafen nach sich ziehen müsse; wiewol nur Privat- oder Civilstrafen, wodurch der Rechtsstreit zu seinem Ende geführt und dem Gegner des Ungehorsamen ein Vortheil in dieser Beziehung gestiftet werden müsse, sobald nicht im einzelnen Falle eine Verletzung der öffentlichen Autorität in dem Ungehorsam enthalten sei, z. B. wenn ein Sachwalter sich gegen richterliche Decrete Disciplinarfehler zu Schulden kommen läßt. Hierbei bezog man sich auf die gesetzliche Definition des Ungehorsams im Römischen Rechte, sowie auf andere gesetzliche Aeußerungen[2]). Hierzu kam, daß die Art von Zwangsmittel, welche man gegen das ungehorsame Proceßsubject und namentlich die ungehorsamen Parteien bis zum jüngsten Reichsabschied anwendete, in Maßregeln eines absoluten Zwanges bestanden, z. B. missio in bona, Achtserklärung u. s. w.[3]); wie man auch jetzt noch dergleichen in der Executionsinstanz gegen die Parteien ergreift[4]). Endlich erwog man, daß jeder Ungehorsame verpflichtet sei, die durch seinen Ungehorsam verursachten Proceßkosten[5]) dem Gegner zu erstatten, wenn er auch in der Hauptsache Recht behielt; dies konnte aber nur bei einem unerlaubten Betragen rechtlich begründet sein. Nur erst

2) L. 53 pr. D. de re judic. (42, 1). Contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant, litis damno coercetur; §. 1. Contumax est, qui tribus edictis propositis . . . literis evocatns praesentiam sui facere contemnit; §. 3. Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur. L. 199 D. de reg. jur. Non potest dolo carere qui imperio magistratus non paruit. Tot. tit, X. de dolo et contumac. (2, 14).

3) Nov. 53, cap. 4 i. f. Cap. 5, §. 6, X. ut lite non contest. (2, 6). Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 43. Jüngster Reichsabschied, §. 36.

4) Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 48, §. 1 a. E.

5) L. 13, §. 1—4, C. de judic. (3, 1). Nov. 112, cap. 3. Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 41, §. 1; Tit. 42, §. 1; Tit. 43, §. 4 a. E.; Tit. 46, §. 1. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 95.

in der neuern Zeit hat man angefangen dieses Princip in denjenigen gesetzlich einzeln nicht aufgezählten Fällen zu verlassen, wo auf eine monitorische Verfügung Derjenige, an welchen sie gerichtet war, unterlassen hat, von der ertheilten Erlaubniß Gebrauch zu machen. Denn hierher paßte die Idee einer Pflichtverletzung nicht, weil nur von unterlassener Ausübung eines Rechts, wozu die Partei nichts nöthigte, nicht aber von der Verletzung einer Pflicht die Rede sein kann. Daher behauptete zuerst G. L. Böhmer[6]), daß für solche Fälle ein anderes Princip des Contumacialverfahrens angenommen werden müsse, nämlich ein stillschweigender Verzicht, welchen der monitorisch Geladene durch seine Unthätigkeit zu erkennen gebe. Nach ihm verließ dann Gönner[7]) dieses doppelte Princip des Contumacialverfahrens ganz, und versuchte Alles aus den Grundsätzen der Verzichtleistung, selbst in dem Falle des Ungehorsams gegen arctatorische Decrete des Gerichts, herzuleiten, weil er jede Art von Bestrafung im Civilprocesse für unpassend erachtete. Er hat jedoch demnächst wieder zugegeben, daß nicht der Ungehorsam aller Arten von Personen, welche an einem Civilprocesse Theil nehmen, aus dem Gesichtspunkte eines Verzichts beurtheilt werden müsse, indem insbesondere die Nebenpersonen der Parteien, Advocaten und Procuratoren, auch die Zeugen u. s. w., wenn sie den richterlichen Verfügungen nicht Folge leisten, durch wahre Zwangsmittel dazu angehalten werden können, weil sie über das Hauptobject des Rechtsstreits zu disponiren nicht befugt sind. Ferner hat er anerkannt, daß auch die Gerichte, welche in einem Rechtsstreite theils gegen höhere Gerichte pflichtwidrig ungehorsam sein, theils, sei es nun durch Verzögerung der Sache oder durch Verweigerung der Justiz, selbst gegen die Parteien widerrechtlich handeln können, nicht als verzichtend zu betrachten seien, sondern wahrhaft gestraft werden müßten. Ja, er hat sogar zugegeben, daß bei den Parteien ein Ungehorsam in der Executionsinstanz aus einem Verzichte nicht erklärt werden könne, dieses Princip viel-

6) G. L. Böhmer, Princ. jur. can., §. 736, 741.

7) Gönner, Handbuch, I, §. 21 S. 464; III, S. 200; auch v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens, §. 130. Prasse, De indole contumac. in caus. civ. (Leipzig 1829).

mehr nur auf den vorbereitenden Theil des Processes und zwar nicht nach Römischem und Kanonischem Rechte, sondern erst zufolge der Vorschriften des jüngsten Reichsabschieds anzuwenden sei[8]).

II. Nun ist es allerdings nicht zu leugnen, daß im jüngsten Reichsabschiede, §. 36, eine bedeutende Veränderung des Contumacialverfahrens gegen einen Beklagten, welcher die Litiscontestation unterläßt, angeordnet ist, indem gegen diesen weder die Acht noch der Bann verhängt, auch keine missio in bona verfügt, sondern nur die Fiction, als habe er sich auf die Klage eingelassen und deren Grund geleugnet, als Strafe des Ungehorsams angenommen werden, daneben aber zugleich der Verlust aller Einreden, welche neben einer wirklich erfolgten Einlassung auf die Klage hätten vorgetragen werden können, eintreten soll. In diesem letztern Verluste könnte zwar eine Art von Verzicht gefunden werden, allein es würde eine solche Annahme theils nicht auf die Einlassung selbst, welche als vorhanden angenommen wird und auf welche deshalb nicht verzichtet sein kann, passen, theils auch dem gemeinen Rechte insofern widersprechen, als der Ungehorsam für den säumigen Beklagten nicht den Verlust der ganzen Sache nach sich zieht, sondern nur die Annahme einer verneinenden Antwort veranlaßt, welche den Kläger zum Beweisführen nöthigt und, wenn dieses mislingt, dem ungehorsamen Beklagten es sogar möglich macht, den Proceß dennoch zu gewinnen. Da jedoch in solchem Falle der ungehorsame Beklagte in alle Proceßkosten verurtheilt werden soll, so ist dadurch nur um so mehr das dem Contumacialverfahren zu Grunde liegende Strafprincip ausgedrückt. Daher kann selbst nach dem jüngsten Reichsabschiede die Behauptung nicht begründet erscheinen, daß wenigstens im präparatorischen Proceßtheile die Nachtheile des Ungehorsams aus dem Gesichtspunkte eines Verzichts zu beurtheilen

8) Von einem gemischten Principe der Strafe und bezüglich des Verzichts gehen aus Gensler, im Archiv für civil. Praxis, IV, 199 fg. J. J. Lauk, Ueber den Ungehorsam im bürgerl. Rechtsstreit (Würzburg 1827). Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtl. Civilprocesses (Aufl. 2), S. 91. Brandis, a. a. O., im Vorwort, S. 15 fg. Schmid, a. a. O., S. 294 fg. Bayer, a. a, O., S. 506, welcher es übrigens nicht für nöthig hält, die Folgen des Ungehorsams auf ein allgemeines Princip zurückzuführen.

seien; sollte man auch auf die Fassung dieses Gesetzes, welches ausdrücklich von den Strafen des Ungehorsams redet, nicht einmal Rücksicht nehmen wollen. Aber selbst ganz abgesehen hiervon würde doch in diesem Gesetze nur von einem speciellen Falle des Ungehorsams, von dem bei der Litiscontestation, die Rede sein und diese Vorschrift, weil insoweit eine correctorische Verordnung vorliegen würde, keine Ausdehnung erleiden können. Endlich aber kommen auch in den übrigen Theilen der Instruction eines Processes eine Menge von Fällen vor, wo als Strafe des Ungehorsams eine Handlung als geschehen betrachtet wird, so daß dabei ein Verzicht als die Grundlage nicht angesehen werden kann, z. B. wenn die conclusio in causa als geschehen, ein Eid für geleistet, eine Urkunde für vorgelegt erachtet wird.

III. Es wird sich daher im Ganzen rechtfertigen lassen, daß die älteste oder Straftheorie bei dem Ungehorsam im Civilprocesse auch nach dem neuesten gemeinen Rechte für die richtige erklärt wird, indem man von dem Grundsatze ausgeht, daß zwar Niemand gezwungen wird einen bürgerlichen Rechtsstreit zu führen, sobald er seinen Gegner gehörig befriedigt, daß aber ein Jeder, der vor Gericht einen Proceß führen will, vollkommen verpflichtet ist, bei Führung desselben solange sich den Gesetzen gemäß zu betragen, als seine Theilnahme am Processe dauert, damit dessen ordentlicher Gang durch sein gesetzwidriges Betragen weder gestört noch verzögert werde[9]. Jedermann, welcher gegen diesen Grundsatz verstößt, ist mithin wegen einer Pflichtwidrigkeit zu bestrafen, mag er eine Haupt- oder Nebenperson[10]) sein, und selbst bei den monitorisch Geladenen braucht man keine Ausnahme hiervon zu machen. Denn Fälle dieser Art veranlassen nur dann ein Contumacialverfahren, wenn eine Ungewißheit vorhanden ist, ob der monitorisch Geladene sich seines Rechts bedienen wolle oder nicht, z. B. wenn die Zeugen deshalb nicht abgehört werden können, weil die nachgelassenen speciellen Fragstücke weder eingereicht noch darauf verzichtet worden ist. In solchen Fällen handelt aber auch der monitorisch Geladene pflichtwidrig und befin-

9) Nov. 112, cap. 3: . . . *Quamobrem* *sancimus*, *actorem coeptum negotium usque ad finem litis exercere*.

10) Reichskammergerichtsordnung, Th. 2, Tit. 31, §. 12.

det sich dadurch, daß er seinen Entschluß dem Gerichte nicht gehörig angezeigt hat, insofern in Schuld, als er den Gang des Processes aufhält und besondere Schritte nöthig macht, welche bei einem von ihm ausdrücklich erklärten Verzichte nicht erfolgt sein würden. Jedenfalls muß er daher in einem solchen Falle die Kosten solcher Schritte, als eine Folge der Proceßverzögerung, mit Recht tragen[11]).

IV. Bleibt man nun aber bei dieser ältern Theorie, so ergeben sich daraus A) die Erfordernisse, ohne welche Niemand im Civilproceß als ungehorsam betrachtet werden kann. Sie bestehen nämlich darin, daß 1) ein auf einen bestimmten Rechtsstreit sich beziehendes pflichtwidriges Betragen irgend eines Proceßsubjects im einzelnen Falle vorhanden sein muß, mag dieses in bloßer Unthätigkeit oder in rechtswidriger Thätigkeit bestehen. Zuerst muß daher in jedem Falle die Pflicht anders zu handeln keinem weitern Zweifel unterworfen sein. Solange daher, was bei den Parteien häufig vorkommt, die Pflicht einer richterlichen Verfügung zu gehorchen noch bestritten wird[12]), kann erst dann von einem Ungehorsam die Rede sein, wenn jene Pflicht rechtskräftig als existirend ausgesprochen worden ist. Früher würde nur dann auch ein Ungehorsam vorkommen können, wenn die Gesetze ausdrücklich verordnet hätten, daß sogar neben dem Bestreiten der Verbindlichkeit selbst, dennoch eventuell derselben genügt werden müsse, solches aber gleichwol unterblieben wäre, wie dies z. B. bei den gewöhnlichen dilatorischen Einreden der Fall ist (§. 155). Ferner folgt aus demselben Erfordernisse, daß wenn das richterliche Decret, welches einen Proceßschritt vorschreibt, an einer Nichtigkeit leidet, sei es in Ansehung der Abfassung desselben oder der Insinuation, ein Ungehorsam dagegen nicht begangen werden kann[13]). Endlich ergibt sich hieraus, daß so lange nicht zur Erfüllung einer processualischen Verbindlichkeit

---

11) Sintenis, Erläuterungen versch. Lehren des Civilprocesses, 1840, S. 294 fg.

12) Jüngster Reichsabschied, §. 40.

13) L. 1, §. 3, D. quae sentent. sine appell. (49, 8). Item si ex edicto peremtorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit; nullius momenti esse sententiam Constitutiones demonstrent.

eine bestimmte Zeit festgesetzt und diese abgelaufen war[14]), von einem Ungehorsam dabei nicht die Rede sein kann, weil die Partei bis dahin immer noch Zeit übrig hatte, der unbestrittenen Pflicht Genüge zu leisten. — Dagegen ist es ganz gleichgültig, ob einer unbezweifelten Pflicht gar nicht oder nicht gehörig genügt wurde; denn hier gilt der Satz: Non rite factum pro omnino non facto habetur. 2) Ein weiteres Erforderniß des Ungehorsams besteht darin, daß die Verletzung der Pflicht eine imputable gewesen sei. Denn keine Art von Illegalität und kein juristischer Nachtheil kann als vorhanden angesehen werden, wenn sich der zu Bestrafende nicht in dolo oder culpa befand, wie dies die Gesetze[15]) ausdrücklich sagen. Jedoch soll in civilproceſſualischen Angelegenheiten nach Ablauf der zur Erfüllung einer unstreitigen Verbindlichkeit gehörig bestimmten Zeit dem Kanonischen Rechte[16]) zufolge präsumirt werden, daß Derjenige, welcher mit der Erfüllung dieser Pflicht in Rückstand bleibt, wenigstens in culpa sich befinde, er könnte denn beweisen, daß ihn Hindernisse ohne seine Schuld außer Stand gesetzt hätten, jener Pflicht zu genügen. Solche Hindernisse werden Ehehaften[17]) genannt. Der scheinbar Ungehorsame wird daher dann vorläufig verurtheilt, es bleibt ihm aber von selbst unbenommen, ohne Rücksicht auf das Decendium, seine Ehehaften zu behaupten und darzuthun, um dadurch die ergangene Verurtheilung wieder rückgängig zu machen. — Aus diesem Gesichtspunkte erklärt es sich auch, warum nach deutschen Gesetzen[18]) die Pupillen unter dem Ungehorsam ihrer Vormünder nicht leiden sollen; denn nicht sie, sondern ihre Vormünder, trifft ein imputables Unrecht, und Niemand kann für die Fehler eines Andern bestraft werden. Der Vormund muß daher in solchen Fällen an seinem eigenen Vermögen gestraft werden. Ein Gleiches läßt sich dagegen auf die

---

14) L. 8 C. quomodo et quando (7, 43). Cap. 24 X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29).

15) L. 199 D. de reg. jur. L. 2, §. 1 sq. D. si quis caution. (2, 11).

16) Cap. 7, §. 1, de sentent. excommun in VI^to (5, 11).

17) L. 10 C. quomodo et quando (7, 43). L. 53, §. 2. L. 60 D. de re judic. (42, 1). Cap. 2 X. de procur. (1, 38). Glück, Comment., III, §. 260.

18) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 95.

Vernachlässigungen der Procuratoren nicht anwenden, einmal, weil sie nach früherm Rechte als domini litis betrachtet wurden (§. 75, S. 434), dann aber, abgesehen hiervon, weil der Mandant, indem er seine Pflicht durch einen Stellvertreter erfüllen läßt, mit diesem eine Person ausmacht und deshalb dessen Handlungen so gut wie eigene vertreten muß. 3) Endlich ist es das Erforderniß eines jeden ahndungswürdigen Ungehorsams, daß die Nachtheile, welche den Ungehorsamen treffen sollen, soweit sie nicht blos in der Pflicht zur Kostenerstattung bestehen, sondern in die Sache selbst eingreifen, gehörig angedroht sein müssen, ehe sie vollzogen werden können. So wenig nämlich dilatorische Verfügungen irgend eine Androhung zu enthalten brauchen, so nothwendig ist dagegen bei peremtorischen Verfügungen die ausdrückliche Androhung[19]) der im Falle des Ungehorsams eintretenden speciellen Nachtheile, damit auf diese Weise eine Warnung und Erinnerung an den Verpflichteten ergeht, ehe er in wirklichen Schaden versetzt wird. In manchen neuen Proceßgesetzen hat dies die Veranlassung zu der Bestimmung gegeben, daß in den richterlichen Decreten selbst die im Gesetz generell angedrohten Strafen nochmals speciell der einzelnen Partei vorgehalten werden müssen, ehe sie vollzogen werden können. Man hat hier also gewissermaßen den Grundsatz des Criminalrechts: Sine lege comminante nulla poena, nicht nur überhaupt befolgt, sondern sogar noch dahin erweitert, daß eine allgemeine Androhung nicht genüge. — Nur ist es nicht der absoluten Willkür des Richters überlassen, zu bestimmen, was für Nachtheile er mit jedem Ungehorsam verbinden wolle, sobald das Gesetz dergleichen nicht ausdrücklich festgesetzt hat; vielmehr ist er auf solche Nachtheile beschränkt, welche im einzelnen Falle zur Erreichung des Zweckes der erforderten Handlung dienlich oder unvermeidlich sind, mithin das rechte Maß nicht überschreiten.

§. 121.

b) Rechtliche Folgen des Ungehorsams.

I. In Ansehung B) der nachtheiligen Folgen, der Strafen des Ungehorsams, ist im Allgemeinen zu bemerken, daß außer

19) L. 71 D. de judiciis (5, 1). Comp., §. 121, Note d.

der sogenannten poena generalis contumaciae, welche, unabhängig vom Ausgange der Hauptsache, in der bloßen Verurtheilung zum Ersatze derjenigen Kosten besteht[1]), welche durch den Ungehorsam verursacht sind, allerdings auch specielle Nachtheile und Strafen vorkommen können. Diese bestehen für die Parteien, wenn der Ungehorsam, dessen sie sich schuldig gemacht haben, im Instructionstheile des Processes vorkommt, nur in Privatstrafen, die dahin gehen, den einzelnen Rechtsstreit seinem Ende schneller zuzuführen und den Ungehorsamen deshalb in seinen processualischen Befugnissen zu beschränken. Daher enthalten diese Strafen bald Präclusionen[2]), bald Fictionen[3]) gewisser Proceßschritte, je nachdem dies die Fortsetzung des einzelnen Rechtsstreits nöthig macht. Anders freilich verhält es sich in der Executionsinstanz, wo gegen die Parteien auch öffentliche Strafen, wie Geld- und Gefängnißstrafen, häufig angewendet werden, um sie zur Befolgung rechtskräftiger Erkenntnisse zu nöthigen. Man redet daher in solchen Fällen auch von Executivstrafen. — Noch häufiger dagegen kommen solche öffentliche[4]) Strafen auch im Civilprocesse zur Anwendung, wenn Gerichts- oder Nebenpersonen sich eines Ungehorsams schuldig machen, wie das namentlich bei nachlässigen Vormündern der Fall ist, oder wenn die Parteien durch die Art ihres Ungehorsams eine besondere Verachtung gegen die Gerichtsautorität zu erkennen geben, z. B. durch Widerrechtlichkeit gegen die Gerichtsdiener oder durch Attentate, die etwa die öffentliche Ruhe stören.

II. Von allen diesen Nachtheilen einer Contumaz treten die wenigsten und zwar nur die, welche von den Gesetzen ausdrücklich angedroht sind, ipso jure ein, während alle übrigen (und das sind bei weitem die meisten) zu ihrer Anwendung auf den

1) L. 13, §. 2, C. de judic. (3, 1). Cap. 2, 6, X. de dolo et contum. (2, 14). Cap. 1, eod. tit. in VI[to] (2, 6). Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 42, §. 3; Tit. 43, §. 5.

2) Jüngster Reichsabschied, §. 37, 57. Cap. 4 X de except. (2, 25).

3) Z. B. L. 38 D. de jurejur. (12, 2). Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 43, §. 4. Jüngster Reichsabschied, §. 36, 49. Sintenis, Erläut., Heft 2 und 3, S. 333. Brandis, a. a. O., Vorwort, S. 12.

4) Cap. 4, §. 1; Cap. 5, 28, §. 1, 4, de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29). Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 95.

einzelnen Fall besondere Proceßschritte erfordern, welche das Contumacialverfahren ausmachen. Da nun die meisten dieser Strafen nur Privatnachtheile sind, so ist es klar, daß diese regelmäßig nicht von Amtswegen durch die Gerichte vollzogen werden, sondern, entsprechend den Grundsätzen des Verhandlungsprincips, die Thätigkeit derjenigen Partei, welche aus einem solchen den Gegner treffenden Nachtheile Nutzen ziehen will, dabei vorausgesetzt wird, und nur in den Fällen ein dem Inquisitionsverfahren analoges eintritt, wo eine öffentliche Strafe, namentlich wegen begangener Disciplinarvergehen, zu verhängen ist.

III. Darum ist in allen andern Fällen 1) die **Beschuldigung des Ungehorsams** von Seiten der Gegenpartei schon nach den Vorschriften des Römischen Rechts[5]) erforderlich. Eine solche Ungehorsamsbeschuldigung besteht darin, daß aus den Acten gezeigt wird, ein bestimmtes Proceßsubject sei im einzelnen Falle ungehorsam gewesen, und dann angeführt wird, welche Schritte zu thun seien, um diesen Ungehorsam gehörig zu strafen, die Hauptsache aber fortzusetzen; daran wird endlich die Bitte geknüpft, daß vom Gericht das nach der Sachlage Erforderliche verfügt werden möge. Ist ein solcher Antrag, wo er nöthig war, unterblieben, so gilt allgemein die Regel: Contumacia non accusata non nocet. Dieser Grundsatz würde jedoch zuweit ausgedehnt werden, wenn man die Ungehorsamsbeschuldigung auch in einem solchen Falle fordern wollte, wo das Gericht ohnehin zur Thätigkeit veranlaßt ist, und nur in der Art und Weise, wie die Parteihandlung vorgenommen wurde, ein Ungehorsam sich zeigt, besonders also, wenn ein non rite factum in Frage ist. Solche Mängel werden vielmehr ohne Ungehorsamsbeschuldigung bei der Gelegenheit gerügt, wo das Gericht die Parteihandlung überhaupt zu beurtheilen hat. So wird z. B., wenn in einer Litiscontestation einzelne Thatsachen mit Nichtwissen beantwortet sind, die bestimmt hätten geleugnet werden sollen, bei Beurtheilung der Exceptionsschrift jeder solcher Umstand auch ohne Ungehorsams=

---

5) L. 13, §. 2, C. de judiciis (3, 1), parte fugiente ex una parte actoris *absentiam incusante*. Nov. 112, cap. 3. Reichskammergerichtsordnung von 1531, §. 6; von 1555, Th. 3, Tit. 42, §. 1; Tit. 43, §. 1. Comp., Note g.

beschuldigung für zugestanden erachtet. In dem Falle aber, wo es einer Beschuldigung des Ungehorsams durch eine Partei bedarf, hat der Grundsatz besondere Wichtigkeit, daß es keiner Partei gestattet wird, den Ungehorsam des Gegners zu rügen, so lange sie selbst noch mit der Befolgung einer andern Proceßauflage, besonders einer solchen, welche ihr durch das nämliche richterliche Decret ertheilt worden ist, sich im Rückstande befindet. Denn in diesem Falle compensirt sich der beiderseitige Ungehorsam, und es soll zugleich auf indirectem Wege die Folgeleistung dadurch befördert werden, daß man die Verhängung der Strafen so lange zurückhält, bis auch der Ankläger seinerseits der ihm auferlegten Pflicht gehörig Genüge geleistet hat. Darum wird dann namentlich jede angesetzte Tagefahrt für circumducirt gehalten, d. h. so betrachtet, als wäre sie gar nicht angesetzt gewesen, wenn nicht wenigstens der Implorant[6]) erschienen ist. Es muß daher erst eine neue gerichtliche Verfügung erfolgen, und der Implorant dieser Folge leisten, ehe wegen des rückständigen Proceßschrittes eine Ungehorsamsbeschuldigung erhoben werden kann.

IV. Ist nun aber eine gehörige Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt, dann muß nach gemeinem Rechte 2) auch noch das Decret[7]) hinzukommen, welches, nachdem zuvor geprüft worden ist, ob alle Erfordernisse einer solchen Bestrafung im einzelnen Falle vorhanden sind, die verwirkte Strafe gegen den Ungehorsamen ausspricht. Bis dahin findet um so mehr ein Nachholen des Versäumten statt, weil die Ungehorsamsbeschuldigung, als Handlung eines Privatmanns, dem Gegner keine Rechte nehmen, von einer Acceptation des Versäumten aber keine Rede sein kann, da für das Proceßverfahren nicht die Principien der Verträge oder ihnen ähnliche gelten. — Sollte nun auch das richterliche Decret über die Folgen des Ungehorsams ertheilt sein, so geht dies doch regelmäßig nicht in Rechtskraft über, weil es einseitig ausgewirkt wurde, und es ist daher der Beweis vorhandener Ehehaften selbst jetzt noch zulässig[8]), ohne daß man sich eines Rechtsmittels dazu

6) L. 73, §. 1, D. de judic. (5, 1). L. 27, §. 1, D. de liberali causa (40, 12).

7) Cap. 24 X. de offic. et pot. (1, 29). Besonders Brandis, Abhandlungen aus dem Civilprocesse, Stück 1. (Jena 1834).

8) L. 75 D. de judic. (5, 1).

zu bedienen brauchte. Wäre dagegen über das Vorhandensein des Ungehorsams, oder über die erkannte Contumacialstrafe, zwischen den Parteien gestritten worden und dann erst ein Erkenntniß hierüber erfolgt, so würde dies in der That rechtskräftig werden, und es bliebe nur noch übrig, durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Aufhebung der Nachtheile des Ungehorsams zu versuchen. Hierzu wird dann vorausgesetzt[9]), daß alle Erfordernisse einer prätorischen Restitution im einzelnen Falle vorhanden sind und nachgewiesen werden. Der deshalb zwischen den Parteien entstehende Incidentstreit ist aber, als mit der Hauptsache connex, vor dem Gerichte zu verhandeln, welches das Contumacialerkenntniß erlassen hat.

---

9) L. 7, §. 12; L. 8, D. de minor. (4, 4). Vergl. oben §. 82, S. 450. Comp., Note m, und §. 296. — Die Bestimmung in §. 86 des Reichsdeputationsabschieds von 1600 über die Zeit der Verjährung dieses Gesuchs betrifft eine Eigenthümlichkeit des Reichskammergerichts, welche auf Territorialgerichte weder angewendet worden ist, noch werden kann.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.